

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

RODRIGO CÉSAR DE OLIVEIRA MARINHO

**APLICAÇÃO DOS EFEITOS PROSPECTIVOS À DECISÃO JUDICIAL
QUE ALTERA ENTENDIMENTO CONSOLIDADO E RECONHECE
UMA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA**

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2014

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

RODRIGO CÉSAR DE OLIVEIRA MARINHO

**APLICAÇÃO DOS EFEITOS PROSPECTIVOS À DECISÃO JUDICIAL
QUE ALTERA ENTENDIMENTO CONSOLIDADO E RECONHECE
UMA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA**

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em *Sessão de Defesa Pública*, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito (Direito do Estado, Direito Tributário), sob orientação do Professor Doutor Renato Lopes Becho.

SÃO PAULO

2014

ERRATA

Durante o estudo e a pesquisa que se sucederam ao depósito da tese de doutorado submetida à avaliação desta Banca Examinadora, mesmo após o extenso trabalho de revisão, foram encontrados alguns erros gráficos que poderiam interferir na compreensão do trabalho.

Diante disso, este candidato optou por listar os referidos erros, por ordem crescente de páginas e linhas:

Folha	Linha	Onde se lê	Leia-se
27	15	“MARCELO NEVES”	“Marcelo Neves”
60	10	“intérprete, mas jamais”	“intérprete, jamais”
64	10	“para estudas as razões”	“para estudar as razões”
72	4	“eis o <i>intérprete puro</i> ”	“eis o <i>intérprete aplicador</i> ”
72	13	“ <i>científico e puro</i> ”	“ <i>científico e aplicador</i> ”
90	3	“Nesse sentido, pode”	“Nesse sentido, não pode”
92	7	“Diz-se interpretação pura”	“Diz-se interpretação autêntica”
96	24	““over ruling””	““overruling””
99	13	“nas duas mais diversas”	“nas suas mais diversas”
106	12	“apesar da afronta”	“apesar da aparente afronta”
107	1	“é prever”	“é possível prever”
116	11/12	“Assim, a dificuldade”	“Assim, haveria dificuldade”
136	3	“ <i>so valores e</i> ”	“ <i>os valores e</i> ”
143	13	“Constituição Federal e portadora”	“Constituição Federal é portadora”
161	11	“sobre a validade sobre o”	“sobre a validade do”
165	5/6	““T.a’ do ordenamento vigente”	““T.a’.”
179	13	“mais de uma”	“mais do que uma”
191	15	“constituição Federal”	“Constituição Federal”
199	22/23	“Supremo tribunal Federal”	“Supremo Tribunal Federal”
202	4	“a constitucionalidade”	“a inconstitucionalidade”

Banca Examinadora:

Sem mesmo a mais rasteira fumaça de dúvida, este trabalho é dedicado aos dois pirralhos que, avexados, vieram ao mundo para me fazer sentir aquilo que, talvez, seja semanticamente representado pelos contos populares como “amor verdadeiro”. A eles, LF e JG ou JG e LF, e àquela mulher, mãe e esposa exemplar, a mais forte e guerreira, arretada, que eu pude conhecer e posso amar, a Paula.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Renato Lopes Becho pelo incentivo, seriedade, colaboração e apoio decisivo para a conclusão deste trabalho e de mais uma etapa do meu desenvolvimento acadêmico.

A Paulo de Barros Carvalho, a quem sou grato por todos os ensinamentos e por estar sempre presente no percurso acadêmico até aqui trilhado, iniciado lá nos idos de 2003, nas bancas do curso de pós-graduação do IBET.

A Robson Maia Lins, conterrâneo, grande tributarista, a quem sou grato pela mão que estendeu quando cheguei a São Paulo e pelo apoio durante os anos que estive vinculado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na busca pelos títulos de mestre e, agora, de doutor.

Aos colegas, amigos e professores que estiveram presentes no curso desta caminhada, o que o faço em nome de Roque Antônio Carrazza, Tácio Lacerda Gama, Maria Rita Ferragut, Clarice von Oertzen de Araújo, José Artur Lima Gonçalves, Renata Elaine Silva, Tatiana Aguiar, Gustavo Melo, Marcos Feitosa, Diego Diniz e German Alejandro.

Aos sempre presentes amigos e conselheiros do “*Conselho da República*” – “instituto” extraoficial e autônomo, cujo nome é, agora, registrado no tempo e espaço – Frederico, Juliano, Diego, Ítalo e Marquinhos, pelos debates jurídicos, casuísticos, futebolísticos, automobilísticos e, especialmente, àqueles ligados, direta ou indiretamente, com relação de causa ou efeito, à enologia semiprofissional.

A todos que fazem o Porto Advogados, o que o faço na figura de Benedicto Porto Neto e, especialmente, dos amigos Rodrigo Chohfi, Daniel Lotti, Daniel Morelli e Flávio Ferreira, pela ajuda para superação à sempre complexa relação cronológica entre trabalho, estudo e família.

Aos meus pais, Alexandre e Márcia, sempre entusiastas, aos meus irmãos, Guilherme e Alessandra, e avós, Luci e Déa – aos avós, *in memoriam*. Aqui, a qualificação relacionada à posição genealógica já justifica a homenagem – mais do que merecida, eis que sempre presentes, ainda que de longe.

A Leonardo Barbosa, grande amigo, a quem respondo: *terminei!*

Ao colega advogado *Cl. José Falcão* e à sua esposa, Dra. Tereza, pela cobertura familiar que foi dada durante o *processo de enunciação* deste trabalho.

A Patrícia Uchôa, pela ajuda, digamos, linguística, nesta reta final. “Aparte” devidamente cumprido.

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES pelo patrocínio desta pesquisa.

E, finalmente, meus agradecimentos também à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pela oportunidade de aprendizagem nesta tradicionalíssima *Escola Brasileira de Direito Tributário*.

“[...] é necessário voltar às coisas mais simples, à capacidade de formular perguntas simples, perguntas que, como Einstein costumava dizer, só uma criança pode fazer, mas que, depois de feitas, são capazes de trazer uma luz nova à perplexidade”.

(Boaventura de Souza Santos, em Um Discurso sobre as Ciências)

SUMÁRIO

RESUMO	12
ABSTRACT	13
RESUMEN	14
ABREVIATURAS	15
INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 – OBJETO DO ESTUDO: O TEXTO E O PROCESSO DE CRIAÇÃO; A NORMA E O PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO	25
1.1. O direito, o sistema do direito	25
1.2. O direito é criação humana, mas qual homem cria o direito?	29
1.2.1. Positivismo de Hans Kelsen: breves considerações sobre a teoria “pura” .	30
1.2.2. Realismo de Alf Ross: mudança de perspectiva em relação ao homem criador	33
1.2.3. É possível falar em “positivismo realista”?	35
1.2.4. Homens autorizados a criar o direito	41
1.3. Os elementos do sistema do direito: construindo as normas jurídicas	42
1.3.1. Formalização do juízo hipotético condicional contido nas normas jurídicas	44
1.3.2. Norma jurídica: componentes sintáticos (antecedente e consequente)	48
1.3.3. Necessidade de separação dos enunciados prescritivos e das normas jurídicas	49
1.4. Da criação à aplicação da norma jurídica	53
1.4.1. A moldura interpretativa, um esforço para o estabelecimento de critérios e identificação dos limites mínimos dessa moldura	60
1.5. Proposta de classificação: três espécies de normas jurídicas	65

1.5.1.	Ato de classificar	67
1.5.2.	Norma jurídica social, científica e pura.	68
CAPÍTULO 2 – O RESULTADO <i>MADURO</i> DA INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA ..		73
2.1.	Núcleo Estável de Normas Jurídicas.....	73
2.1.1.	Definindo o <i>Núcleo Estável de Normas Jurídicas</i>	76
2.2.	A sobreposição do resultado interpretativo autêntico na moldagem do núcleo estável.....	77
2.3.	Maturidade dos resultados interpretativos autênticos.....	81
2.4.	Quando identificar as manifestações reiteradas dos resultados interpretativos promovidos pelos intérpretes autênticos?	84
2.5.	Decisões reiteradas conflitantes: a prematuridade da inclusão dos resultados interpretativos autênticos no núcleo estável de normas jurídicas	92
2.6.	Caminhos para inclusão dos resultados interpretativos autênticos no núcleo estável de normas jurídicas.....	94
2.6.1.	A força vinculante dos precedentes como critério para alcançar a maturidade dos resultados interpretativos autênticos	100
2.6.2.	A subsunção dos conceitos de precedente e jurisprudência ao conceito relativo à maturidade dos resultados interpretativos autênticos.....	101
2.6.3.	O “Fluxo de Uniformização”: procurando critérios objetivos para determinar a maturidade dos resultados interpretativos autênticos.....	107
CAPÍTULO 3 – SEGURANÇA JURÍDICA, ELEMENTO FUNDAMENTAL A SER PERSEGUIDO PELO DIREITO		111
3.1.	Previsibilidade, certeza e segurança extraídas do núcleo estável de normas jurídicas.....	111
3.2.	A subsunção do conceito de princípios ao conceito de norma jurídica	113
3.2.1.	Regras, princípios e normas jurídicas.....	117
3.3.	Definindo segurança jurídica	121
3.3.1.	Buscar a paz pelo direito ou alcançar a segurança a partir do direito? ...	124

3.3.2.	Subsunção dos conceitos de certeza, confiança, previsibilidade e calculabilidade ao conceito de segurança jurídica	127
3.3.3.	As garantias constitucionais que permitem o alcance da segurança jurídica.....	130
3.3.4.	Percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica	133
3.3.5.	Regras e princípios que tornam efetiva a segurança jurídica no direito tributário	137
3.4.	Segurança jurídica efetivada pela proteção às situações do passado	138
3.4.1.	Legalidade e irretroatividade: esta como decorrência daquela	140
3.4.2.	A irretroatividade na Constituição Federal.....	141
3.4.3.	O direito de propriedade como limitação à retroatividade das normas ...	145
3.4.4.	Liberdade e igualdade conformadas pela legalidade e irretroatividade ...	151
3.4.4.1.	Livre exercício do trabalho e de atividades econômicas.....	154
3.4.4.2.	Efetividade da legalidade e irretroatividade para atendimento da igualdade.....	158
3.5.	Garantia da segurança jurídica pela irretroatividade das normas tributárias.....	166
3.6.	Os destinatários da norma da irretroatividade	168
3.6.1.	Olhar para o passado, mas lembrar de pensar no futuro	172
3.6.2.	Dever de garantir a segurança jurídica	175
CAPÍTULO 4 – EFEITO PROSPECTIVO DAS DECISÕES QUE ALTERAM O SENTIDO DAS NORMAS JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS, UM INSTRUMENTO GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA		179
4.1.	Efeito prospectivo, uma medida para a manutenção da estabilidade do ordenamento: garantia da segurança jurídica	179
4.2.	Efeito generalizante das decisões dos tribunais superiores.....	183
4.3.	A modulação dos efeitos das decisões no direito brasileiro	188

4.3.1. Efeitos prospectivos além das declarações de inconstitucionalidade em controle concentrado	191
4.3.2. Aplicação exclusiva dos requisitos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 às decisões que representem a declaração de <i>inconstitucionalidade de lei ou ato normativo</i>	199
4.3.3. Aplicação exclusiva dos requisitos do artigo 4º da Lei nº 11.417/2006 às decisões que tratem da determinação dos efeitos vinculantes das súmulas vinculantes	203
4.4. Efeitos <i>ex nunc</i> às decisões que representam alteração do resultado interpretativo produzido pelo intérprete autêntico	204
4.4.1. Atribuição de efeitos prospectivos às decisões que representam mudança de entendimento jurisprudencial: aproximação da interpretação normativa à realidade jurídica	209
4.5. Impedindo o nascimento de relação jurídica tributária, em decorrência da aplicação de nova norma jurídica a fatos passados	215
4.6. O Superior Tribunal de Justiça também é intérprete autêntico.....	222
4.7. Alteração, pelo STF, de entendimento “maduro” do STJ	228
4.8. É possível falar em uma hipótese de incidência da norma jurídica que ordena a aplicação de efeitos prospectivos às decisões?	233
CONCLUSÕES	239
BIBLIOGRAFIA	248

RESUMO

Este trabalho tem por objeto o estudo sobre a modulação dos efeitos – especialmente a aplicação de efeitos prospectivos – das decisões proferidas pelos tribunais superiores que impliquem alteração de entendimento anteriormente manifestado e, conseqüentemente, reconheçam uma nova ou mais onerosa relação jurídica tributária.

Partiu-se da distinção entre norma jurídica e texto de lei (enunciado prescritivo), considerando ser a norma jurídica resultante de um processo interpretativo realizado por todos aqueles que disponham do mínimo de senso cognitivo. Estes têm no intérprete autêntico, no Poder Judiciário, a figura daquele que possui a última palavra sobre o que é o direito, independentemente dos demais resultados interpretativos e a estes se sobrepondo. Existindo coincidência nos resultados interpretativos (mesma norma jurídica), ou dizendo, o Poder Judiciário, qual o sentido da norma jurídica, há a idealização de um *núcleo estável de normas jurídicas*. Tal núcleo representa a certeza em relação ao sentido que deve ser atribuído a determinado texto normativo, de modo a gerar *previsibilidade e estabilidade*, fundadas num estado geral de confiança legítima e orientadoras das condutas dos contribuintes.

A partir dessas premissas, com base na segurança jurídica, enquanto elemento fundamental do Estado Democrático que se pretenda ser de Direito, elevada sobre os pilares dos princípios da propriedade, da liberdade e da igualdade e com fundamento na aplicação das regras da irretroatividade e da legalidade às normas jurídicas (e não apenas aos textos legais), este trabalho intenta justificar a necessária modulação prospectiva dos efeitos da decisão que estabelece um novo entendimento jurisprudencial, afastando, conseqüentemente, entendimento anteriormente pacificado, em relação ao qual os contribuintes atuaram baseados na confiança legítima de que estavam agindo segundo aquilo que o intérprete autêntico entendia ser o correto.

Palavras-chave: Texto de lei. Norma Jurídica. Intérprete Autêntico. Alteração de Jurisprudência. Previsibilidade. Estabilidade. Confiança Legítima. Segurança Jurídica. Irretroatividade. Propriedade e Tributação. Efeitos prospectivos.

ABSTRACT

This work is a study regarding the limitation of the effects – and particularly of the prospective effects – of decisions issued by appellate courts that result in a change to a previous holding and, consequently, recognize a new or more burdensome legal tax relationship.

It begins with the distinction between a legal rule and the text of the law (prescriptive statement), with the legal rule being considered to be the result of an interpretive process conducted by all those who have the necessary cognitive ability. For them, the judicial branch is the authentic interpreter – the one with the last word regarding what the law is, regardless of and overriding other interpretive results. When the interpretive results are coincident (the same legal rule) or when the judicial branch states the meaning of the legal rule, there is an idealization of a *stable nucleus of legal rules*. That nucleus represents certainty in regard to the meaning that should be attributed to a given normative text, so as to produce *foreseeability* and *stability*, founded on a general state of legitimate expectations and acting as guidelines for taxpayers' conduct.

Working from these premises, on the basis of legal certainty, which is a fundamental element of a democratic state that intends to be subject to the rule of law, set upon the pillars of the principals of private property, liberty and equality and grounded on the application of the rules of non-retroactive enforcement and legality to legal rules (and not merely to legal texts), this work seeks to justify the necessary prospective limitation of the effects of a decision that establishes a new legal holding, which consequently eliminates a previously settled holding, in relation to which taxpayers acted based on the legitimate expectation that they were acting in accordance with that which the authentic interpreter of the law held to be correct.

Keywords: Text of the law. Legal Rule. Authentic Interpreter. Change in Case Law. Foreseeability. Stability. Legitimate Expectation. Legal Certainty. Non-retroactive Enforcement. Property and taxation. Prospective effects.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objeto el estudio sobre la limitación de los efectos – en especial la aplicación de los efectos de la derogación prospectiva – de las decisiones dictadas por los tribunales superiores que implican un cambio del entendimiento generado anteriormente y, como consecuencia, reconozcan una nueva o una relación jurídica tributaria con coste mayor.

El punto de partida fue na distinción entre la norma jurídica y el texto de ley (declaración prescriptiva), teniendo en cuenta que la norma jurídica resultante es el producto de un proceso interpretativo de todos aquellos que dispongan de un senso cognitivo mínimo. Tienen en el intérprete autentico, en el Poder Judicial, la figura de aquel que tiene la última palabra acerca de lo que es el derecho, independientemente de los demás resultados interpretativos y estos se sobreponen. En caso que exista coincidencia en los resultados interpretativos (la misma norma jurídica), o en caso de que lo diga el Poder Judicial, cual es el sentido de la norma jurídica, existe una idealización de un *núcleo estable de las normas jurídicas*. Este núcleo representa la certeza acerca del significado que se atribuye a determinado texto normativo, de manera a generar *previsibilidad y estabilidad*, basado en un estado general de confianza legítima y guiar el comportamiento de los contribuyentes.

A partir de estos supuestos, basado en la seguridad jurídica, como un elemento fundamental del Estado Democrático que se supone ser de Derecho, en lo alto de los pilares de los principios de propiedad, de la libertad y de igualdad y con fundamento en la aplicación de las reglas de irretroactividad y de la legalidad a las normas jurídicas (y no solamente a los textos legales), este trabajo intenta justificar la necesaria regulación de limitación de los efectos de la decisión que establece un nuevo entendimiento de jurisdicción, dejando lejos, por consecuencia, una comprensión anterior acordado, con relación a cual los contribuyentes actuaron basados en la confianza legítima de estaban haciendo bajo lo que el intérprete auténtico lo dijo como correcto.

Palabras llaves: Texto de ley. Norma Legal. Intérprete auténtico. Cambio de Jurisprudencia. Previsibilidad. Estabilidad. Confianza Legítima. Seguridad Jurídica. Irretroactividad. Propiedad y fiscalidad. Efectos la derogación prospectiva.

ABREVIATURAS

AgRg	Agravo Regimental
ADIN(ADI)	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
Cf.	Confira-se
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
COFINS	Contribuição para Financiamento da Seguridade Social
Coord.	Coordenação
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
EC	Emenda Constitucional
Ed.	Edição
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratia</i>
et al.	et alii
<i>etc.</i>	<i>et cetera</i>
<i>Fls.</i>	Folhas
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
nº	Número
Op. cit.	<i>opus citatum</i>

p.	Página
PR	Paraná
R\$	Real (moeda)
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RS	Rio Grande do Sul
ss.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
HC	Habeas Corpus
Trad.	Tradução
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

O direito, a doutrina é uníssona em afirmar, é objeto cultural, pois fruto da atividade do homem em sociedade¹⁻². Essa afirmação conduz ao pensamento de que o direito – e à interpretação sobre “qual é” e sobre “o que é” o direito em uma determinada sociedade – muda com o passar dos tempos e evolui de acordo com a evolução cultural dessa sociedade.

A mutação do direito é salutar e necessária. Os valores sociais mudam constantemente e, até mesmo, em velocidade superior às mutações que são observadas no próprio direito.

Há cinquenta anos, por exemplo, o casamento seguia um sistema de regras sociais e jurídicas distintas daquelas que são adotadas nos dias atuais. A valorização do trabalho da mulher e a sua posição na sociedade mudaram, o que também influenciou a mudança de normas jurídicas correlatas. Esses são só alguns dos exemplos mais notáveis.

É muito comum deparar-se com mudanças nos textos legais, muitas vezes, para alterar a regulamentação sobre determinadas condutas sociais que evoluíram ao longo dos tempos. E, não raro, ainda que não haja alteração no texto da lei (no direito positivo em si), verifica-se a mudança de interpretação pelo Poder Judiciário – o intérprete autêntico – a respeito de determinada matéria.

Essas alterações, entretanto, apesar de salutares e necessárias³, como dito, não podem

¹“Os objetos culturais existem no tempo e no espaço. Estão na experiência sensível. O ato gnosiológico tendente a captá-los é a compreensão, podendo ser utilizado, predominantemente, o método indutivo, porém carregado de ponderável conotação dialética. (...) Quer positiva, que negativamente, o valor está na essência dos objetos culturais, de uma feita que eles não mais são do que um sentido que o homem agrega aos objetos naturais. (...) Os objetos culturais, por conseguinte, são o sentido que o homem agrega à natureza. (...) Nota-se, além disso, que a norma jurídica também é objeto cultural. Na verdade, ela é uma alteração que o homem traça à sua própria conduta, limitando, em níveis externos, a liberdade inerente à natureza humana. (...) O Direito, seja como norma, seja como ciência, seja, ainda, como relação, é objeto cultural, pois o sentido está presente em todas essas dimensões” (FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1ª edição. 3ª tiragem. Malheiros Editores. São Paulo. 2004. p. 16-17).

²“O Direito é criação social, e não estatal. – Estatal ele o é em formas já adiantadas de cultura, por fato de evolução da própria sociedade, quando já se delimita, espacialmente, e mergulha em ambiência jurídica, concriada com ele, ou anterior, a comunidade político-jurídica do Estado” (MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2ª ed. Vol. I (arts. 1º – 14). Max Limonad. São Paulo, 1953. p. 124).

³ Anote-se, como dito por João Baptista Machado, “os ordenamento estáticos que não respondem às pressões sociais, acolhendo os impulsos inovadores e resolvendo problemas novos, explodem em revoluções. De forma que as ordens jurídicas da sociedade técnica estão sujeitas ao postulado de uma dinâmica ordenada e ordenadora, por isso mesmo o equilíbrio deste tipo de sociedade se há-se buscar também num processo dinâmico de contínua mudança” (MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 223).

extrapolar os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico. É que a produção de normas jurídicas em um dado ordenamento não é algo que acontece em esfera alheia ao próprio sistema jurídico. É fruto de uma operação interna. Há, sempre, uma reprodução de elementos, em razão do funcionamento das estruturas existentes no próprio sistema do direito – por isso se diz que o sistema jurídico é um sistema autopoético.

As estruturas do sistema jurídico que tratam da reprodução do direito formam um conjunto de regras que disciplinam: (i) os procedimentos formais para a atuação do legislador *lato sensu*⁴; (ii) o campo de atuação e o alcance material da nova norma; e, igualmente, (iii) os limites impostos à adaptação da nova norma no sistema jurídico já existente, para, por exemplo, proteger e assegurar que a sociedade não sofrerá os percalços da insegurança e da surpresa em relação às respectivas alterações normativas.

Em meio a essas primeiras palavras, pede-se vênua para explorar uma situação fática, tomada de forma exemplificativa, a fim de demonstrar como a segurança das relações tem sido deixada de lado pelos *intérpretes autênticos*⁵ do direito. A partir disso, este trabalho se desenvolverá na tentativa de justificar a tomada de decisões por parte dos Tribunais Superiores e da própria Suprema Corte, em relação à criação de mecanismos de salvaguarda das relações jurídicas pretéritas, quando da alteração do entendimento pacífico acerca de determinada matéria.

Abrindo a narrativa exemplificativa, leva-se em consideração que uma empresa brasileira, contribuinte dos tributos incidentes tipicamente sobre sua atividade de comércio varejista, estava sendo compelida ao pagamento de um imposto estadual em valor acima daquele que entendia ser o devido, em face de uma latente ilegalidade.

Desconfortável com a situação, esse contribuinte consultou os seus advogados, que chegaram à mesma conclusão – o imposto estadual estava sendo exigido de forma indevida.

Não satisfeito, o contribuinte pediu que um tributarista de alto prestígio nacional, experiente e líder de várias pesquisas acadêmicas que tratam do mesmo assunto, elaborasse um parecer jurídico sobre a situação, para perquirir sobre a correção (ou incorreção) da sua conclusão inicial.

⁴ Diz-se *lato sensu* todo aquele legislador autorizado pelo ordenamento jurídico, pois dotado de competência e legitimidade para produzir textos jurídicos prescritivos.

⁵ O conceito de *intérprete autêntico* será trabalhado ao longo deste trabalho e é inspirado nas lições de Hans Kelsen [vide: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (Trad.: João Batista Machado). 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 388].

O parecer, muito bem fundamentado, não trouxe surpresas negativas (aos olhos do contribuinte) e convalidou o entendimento pela ilegalidade da exigência tributária naqueles moldes.

Mesmo assim, o contribuinte ainda não se considerava seguro. Por mais que seus administradores tivessem bons conhecimentos jurídicos, que os seus advogados fossem capazes de convalidar o entendimento inicial e que o emissor do parecer fosse um respeitado doutrinador, faltava a opinião do único que tem a competência, diante do ordenamento jurídico, para dizer *o que é o direito*.

Faltava saber como o Poder Judiciário lidava com o assunto. E, ao pesquisar, descobriu que o Superior Tribunal de Justiça há mais de 12 anos vinha se pronunciando no mesmo sentido, tendo editado há mais de quatro anos uma Súmula sobre o tema.

Confortável e na certeza de que a sua conclusão sobre a ilegalidade dessa exigência estava correta, não só de acordo com aqueles que fazem a Ciência do Direito, mas segundo entendimento reiteradamente manifestado, há mais de 12 anos, por aquele que tem a competência para dizer, com o poder de coação, *o que é o direito*, o contribuinte tomou a decisão de ingressar com uma ação judicial para evitar que o ente tributante em questão continuasse a exigir indevidamente a entrega de uma parcela do seu patrimônio e, na mesma toada, para desconstituir autos de infração que haviam sido lavrados por esse ente tributante sob o mesmo fundamento.

Durante o trâmite regular do processo judicial, uma vez proferidas as decisões de mérito favoráveis à tese defendida pelo contribuinte em primeira e segunda instâncias – sempre em convalidação ao entendimento reiteradamente propalado –, chegou a hora da manifestação final pela mesma Corte que durante 12 anos manifestou entendimento pela ilegalidade da exigência tributária em questão.

Para surpresa, agora negativa, do contribuinte, a Corte Superior manifestou entendimento contrário à tese defendida na petição inicial, apesar de ter reconhecido a similitude com as demandas analisadas e julgadas nos últimos 12 anos, anotando, ainda, ter havido uma mudança de entendimento que, naquela oportunidade, estaria sendo exarada; sem levar em consideração qualquer modulação dos efeitos da decisão, pois, segundo esse mesmo Tribunal, “*salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a 'modulação*

temporal' de suas decisões”⁶.

Perplexidade: eis o sentimento do contribuinte ao tomar ciência da decisão proferida, em última instância, nos autos do processo ajuizado para deixar de se submeter à exigência tributária que todos, inclusive a própria Corte Superior, entendiam ser ilegal – até o exato momento em que o seu processo foi analisado.

Ao assimilar essa narrativa, baseada – apenas baseada – em experiências concretas vivenciadas por este autor, é possível apreender uma situação que vem sendo, cada vez mais, apresentada à sociedade brasileira, notadamente em relação às matérias que envolvem a exigência de tributos.

A perplexidade que tomou conta dos sentimentos do contribuinte citado na narrativa implica aquele sentimento de injustiça, resultante da impressão de incertezas e inseguranças que transparecem quando aquele que tem a competência para dizer *o que é o direito*, muda seu entendimento de forma repentina e – na inteireza do sentido inclusivo dessa partícula – nega qualquer possibilidade de preservação daquelas condutas que foram tomadas segundo, e pela certeza de que se estaria fazendo aquilo que é o direito, entendimento manifestado reiteradamente durante vários anos pela Corte Superior.

A problemática é tamanha que, até mesmo no âmbito da tramitação do chamado “novo código de processo civil”, há a discussão sobre a inclusão de um dispositivo específico e expresso para tratar de situações como esta⁷.

⁶ Tal como ficou decidido pelo no julgamento do AgRg no REsp 1353699/CE, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 7/3/2013.

⁷ Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A, de 2010, do Senado Federal (PLS nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”:

(...)

“Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional. § 1º O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial. § 2º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. § 3º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. § 4º Não possuem o efeito previsto nos

No caso narrado e em vários outros que podem ser – e serão – destacados como exemplos no decorrer deste trabalho, é fácil perceber que, muitas vezes, os contribuintes não embarcam em aventuras jurídicas baseadas em teses inovadoras e destituídas de respaldo legal, doutrinário e/ou jurisprudencial, mas, muito pelo contrário. Nota-se que os contribuintes que se encontram em situações como essa buscaram e continuam buscando a satisfação do seu direito com base nas normas em vigor à época do ajuizamento da ação, entre elas, as normas que reconheceram, ao longo do tempo, o direito de outros contribuintes que estavam em situação similar à sua. E mais, normas definidas por quem tem o poder de dizer o que é o direito e de aplicá-lo, segundo suas próprias convicções: no caso em questão, o Superior Tribunal de Justiça.

Ao mudar o seu entendimento já consolidado, a Corte Superior produz um novo significado ao direito estudado – cria, a partir dos mesmos enunciados prescritivos⁸, uma nova norma jurídica que entende ser o direito na atualidade do respectivo julgamento, modificando o ordenamento jurídico que asseverava, até este momento, ser o correto.

Nesses casos, o agente competente, definido pelo próprio sistema jurídico como aquele que tem o poder para dizer o que é o direito, acaba por promover uma alteração das regras do jogo, no curso de relações jurídicas já estabelecidas, dando margem à instauração de um indesejado estado de insegurança jurídica, na hipótese de não serem criados mecanismos

incisos do caput deste artigo os fundamentos: I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão. § 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa. § 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput. § 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. § 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. § 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.” (destaque aditado)

⁸ Classifica-se o texto jurídico como uma texto veiculado por meio de uma linguagem que tem a natureza prescritiva. Isso significa, segundo Gregorio Robles, que “o texto jurídico está dotado, como uma totalidade, de uma função pragmática determinada que o converte num conjunto de mensagens cujo sentido intrínseco é dirigir, orientar ou regular as ações humanas” (ROBLES, Gregorio. **Direito Como Texto. Quatro estudos da teoria comunicacional do direito.** Barueri: Manole, 2005, p. 29).

para a salvaguarda das relações pretéritas, especialmente quando essa alteração implicar a expropriação do patrimônio do contribuinte pela incidência tributária.

Esses mecanismos de salvaguarda resguardam a segurança jurídica – princípio constitucional e fundamental para qualquer Estado que pretenda ser Democrático de Direito – e devem ter o objetivo de preservar o *ordenamento jurídico* vigente à época dos fatos, ou seja, aquele no qual havia uma norma jurídica, dita pelo intérprete autêntico, que reconhecia determinado direito aplicável àqueles mesmos fatos, como expressamente consignado em uma das dezenas de decisões proferidas pela mesma Corte Superior.

A ausência dessa salvaguarda, além de colocar as relações jurídicas num complexo mundo jurídico de fragilidade e incertezas, implica, pode-se dizer, ofensa frontal ao próprio princípio da segurança jurídica e da irretroatividade das normas (cláusula pétrea, postada no 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal).

Não se nega – nem se poderia negar – a possibilidade de mudança do entendimento dos tribunais pátrios. Aliás, o trabalho tratará de esclarecer, a evolução da interpretação e a mudança de entendimento dos tribunais são inerentes ao próprio direito que, enquanto objeto cultural, está em constante e necessária mutação. Mas, como pontuado nas primeiras linhas acima, buscar-se-á identificar os limites que o próprio ordenamento impõe para a adaptação da nova norma veiculada perante o sistema jurídico já existente.

Para alcançar esse objetivo e se chegar à resposta sobre em que circunstâncias devem ser atribuídos efeitos prospectivos às decisões que implicam alteração de entendimento jurisprudencial consolidado, o trabalho parte da distinção entre texto normativo e norma jurídica. Desse modo, esclarece que existe um *núcleo estável de normas jurídicas* composto pelas normas jurídicas coincidentes, com origem no resultado interpretativo que todos fazem do texto normativo.

É desse núcleo estável que os indivíduos de uma sociedade passam a entender o que o direito entende que deve ser feito, ou seja, qual a conduta deve ser adotada ou quais consequências decorrem de suas condutas. A partir do momento em que esse núcleo estável também é composto pelos resultados interpretativos dos intérpretes autênticos, esses indivíduos passam a ter a confiança, agora legitimada por quem tem a prerrogativa de dizer por último o que é o direito, acerca das consequências de suas condutas.

Esse núcleo representa a certeza em relação ao sentido que deve ser dado a determinado texto normativo, de modo a gerar uma *previsibilidade* em relação à consequência jurídica que decorrerá de determinado fato previsto no antecedente da norma jurídica definida nos resultados coincidentes dos processos interpretativos.

Esses resultados interpretativos autênticos são aqueles manifestados pelo Poder Judiciário, especialmente pelos tribunais superiores e pelo Supremo Tribunal Federal. Quanto maior o grau de vinculação do precedente, maior a certeza sobre o que é o direito e maior a expectativa legítima que os indivíduos têm para conduzir suas atividades sociais.

O efeito vinculante e persuasivo das decisões judiciais está intimamente ligado à certeza, confiança, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento. A partir daí, trata-se da existência hipotética de um “fluxo de uniformização” que tem por objetivo garantir a redução das incertezas em relação aos precedentes (ou conjunto deles) que podem ser considerados “jurisprudência consolidada”, ao ponto de promover a estabilidade da ordem jurídica.

Após o estabelecimento dos critérios para identificar quando um precedente (ou o conjunto deles) pode ser considerado consolidado para justificar a aplicação de efeitos prospectivos à decisão que manifesta entendimento contrário sobre o texto normativo interpretado, o trabalho apresenta os caminhos que devem ser seguidos pelo intérprete autêntico; estes servem de fundamento à modulação dos efeitos dessa decisão (modificadora de entendimento consolidado) e podem ser resumidos pelo que se chamou de *percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica*. Este levará o intérprete a garantir que o resultado interpretativo produzido, dentro do ordenamento, atenda aos ideais de confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade. Tais ideais decorrem da *função eficaz do programa* da segurança jurídica.

A atividade interpretativa deve caminhar no sentido de dar efetividade às regras e aos princípios que conduzem ao alcance da própria segurança jurídica.

Assim, pelo caminho que o intérprete deve percorrer, o trabalho irá mostrar que é necessário (i) dar efetividade às regras, como requisito para o atendimento dos princípios, (ii) dar efetividade aos princípios, como requisito para garantir o alcance da segurança jurídica e, finalmente, (iii) alcançar a segurança jurídica que irá moldar o resultado interpretativo a fim de permitir o alcance das finalidades do Direito: confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade.

Diante dessas premissas, o trabalho debaterá a aplicação dos efeitos prospectivos às decisões que alteram um entendimento anteriormente consolidado e têm como consequência a criação ou majoração de um ônus tributário de uma forma não esperada pelos contribuintes. Visa, portanto, à confiança legítima que estes detinham nas manifestações dos intérpretes autênticos.

Ao final, serão anotadas as *situações fáticas*, as *premissas* e a *fundamentação jurídica* que levam à conclusão de que é mandatória a modulação dos efeitos de uma decisão que altera entendimento jurisprudencial consolidado, especialmente quando tal decisão implica ônus tributário não esperado pelo contribuinte.

Dito isso, antes de se iniciar o presente trabalho, faz-se um alerta quanto aos pressupostos metodológicos acolhidos.

Esta tese não está baseada em linha teórica específica construída por um determinado autor. Ao revés, sua construção foi realizada a partir da Constituição Federal. A leitura e a utilização de doutrinas divergentes e contraditórias entre si, portanto, não a desautorizam. Partiu-se da ideia de que, com base em pensamentos que, em certos pontos, são contraditórios, é possível extrair conclusões coerentes.

Roga-se, portanto, que não sejam lançadas críticas *a priori* pela citação de autores discordantes em determinados pontos. Essa crítica nada constrói e não se sustenta por si só. A crítica verdadeira, que certamente existirá e faz parte das *expectativas legítimas* deste autor, deverá ser outorgada às conclusões e fundamentos de sustentação do texto, e não baseada em conclusões de autores que, apesar de citados, não são integralmente endossados pela tese, a não ser na específica parte do seu pensamento indicado no texto.

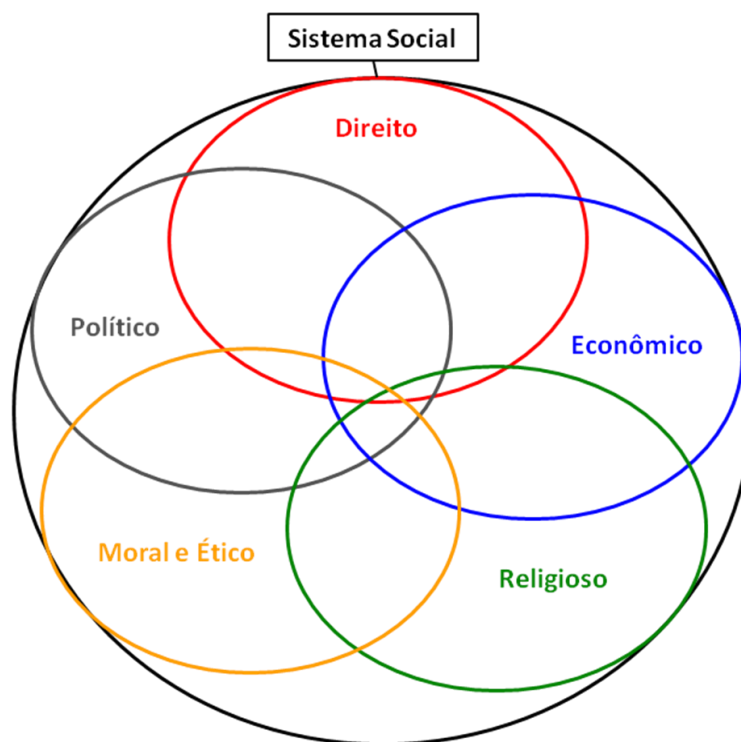
CAPÍTULO 1 – OBJETO DO ESTUDO: O TEXTO E O PROCESSO DE CRIAÇÃO; A NORMA E O PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO

1.1. O direito, o sistema do direito

O objeto de estudo deste trabalho é o direito. O direito enquanto conjunto de normas jurídicas organizadas que mantêm, entre si, relações próprias do exercício da função da regulação das condutas humanas. Esse conjunto de normas jurídicas e relações – aqui, comunicacionais⁹ – deve ser tratado como um sistema. Um sistema que, por ser formado por elementos culturais, decorrentes da atividade do homem na sociedade, está imerso – ao lado de outros sistemas, tais como o político, o econômico, o moral, o religioso, os sistemas científicos e descritivos – em outro grande sistema, o sistema social.

Fazendo um esforço gráfico, pode-se construir a representação do grande sistema social, composto por sistemas menores, incluindo o sistema do direito, todos interligados:

⁹ Todo sistema comunicacional é composto por elementos essenciais para o seu funcionamento íntegro. O emissor, o receptor, a mensagem, o canal e o código são os elementos essenciais para que haja comunicação. A mensagem emitida deve ser produzida com base em códigos reconhecidos como competentes pelos utentes da comunicação. A língua portuguesa, no Brasil, é utilizada como código para elaboração das mensagens. Este código aparece conformado por um conjunto de signos linguísticos, os quais expressam significados e significações. O significado é a relação entre o signo linguístico e a realidade que ele representa. As palavras, nesse sentido, são consideradas metáforas e expressam significados que devem ser apreendidos na relação comunicacional. Paulo de Barros Carvalho ensina que “*o suporte físico da linguagem idiomática é a palavra falada (ondas sonoras, que são matéria, provocadas pela movimentação de nossas cordas vocais no aparelho fonético) ou a palavra escrita (depósito de tinta no papel ou de giz na lousa). Esse dado, que integra a relação sógnica, como o próprio nome indica, tem natureza física material. Refere-se a algo do mundo exterior ou interior, da existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é seu significado; e suscita em nossa mente uma noção, ideia ou conceito que chamamos de significação*” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008. p. 33-34)



Esses sistemas imersos no grande sistema social – tratados adiante como “subsistemas” – estão vinculados por relações próprias que podem ser tidas como relações comunicacionais. Há uma constante influência recíproca entre os subsistemas sociais. Entre o sistema político e o sistema moral; entre o sistema do direito e o sistema econômico, só para citar como exemplos. Norberto Bobbio ensina que *“em relação ao sistema social considerado em seu todo, em todas as articulações e inter-relações, o direito é um subsistema que se posiciona ao lado dos outros subsistemas, tais como o econômico, o cultural e o político, e em parte se sobrepõe e contrapõe a eles”*¹⁰.

Tratar o direito como sistema é importante para o presente trabalho, porquanto as relações comunicacionais intersistêmicas influenciam indiretamente o agente competente para a inserção de novas normas no sistema jurídico, no momento em que esta competência é, por este agente, exercida.

Em que pese existirem várias acepções semânticas para o vocábulo “sistema”¹¹,

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função. Novos Estudos da Teoria do Direito**. [Trad.: Daniela Beccaccia Versiani]. Barueri: Manole, 2007. *In* prefácio: XIII.

¹¹ NORBERTO BOBBIO ensina que “o termo ‘sistema’ é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 76).

tomam-se como influência para definição do seu significado os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, que ressalta: “*onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema*”¹². E, no mesmo sentido, tomam-se os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz que, ao referir-se ao sistema do direito, chama o seu conjunto de elementos de “repertório”, ensinando que “*o sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório*” e que “*um ordenamento, como sistema, contém um repertório, contém também uma estrutura*”¹³⁻¹⁴.

Sistema é, pois, um conjunto composto de elementos que se relacionam entre si, mediante relações de coordenação e subordinação, convergindo para um único ponto, um princípio fundamental norteador¹⁵. As relações entre os elementos do sistema podem variar desde as mais singelas às mais sofisticadas, mas devem ter o mínimo de racionalidade, proporcionando uma compreensão do todo e de cada parte em separado¹⁶. A partir desse conjunto de relações, divide-se, classifica-se e define-se o sistema.

Partindo da técnica utilizada por MARCELO NEVES¹⁷, é possível classificar os sistemas em reais ou proposicionais. Na classe dos sistemas reais, encontrar-se-iam elementos do mundo físico (real). Já a classe dos sistemas proposicionais seria composta por proposições

¹² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos...** Op. cit., p. 43.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 176-177.

¹⁴ Ser qualificado como sistema pressupõe uma ordem, um ordenamento. Assim, da mesma maneira que isto pôde ser verificado na tradução dos ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Jr., Cristiano Carvalho explica que “*sistema traz sempre a ideia de organização, de ordem. Não obstante, o ordenamento jurídico é frequentemente tratado como sinônimo de sistema jurídico. Necessário é um princípio, um atrator que traga ordem aos elementos, estabelecendo estruturas para que os mesmos se inter-relacionem. Assim ocorre com os mais diversos tipos de sistema, sejam os reais, sejam os ideais*” (CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico – Direito, Economia, Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 41).

¹⁵ “*Em suma, falamos de sistema onde se encontrem elementos e relações e uma forma dentro de cujo âmbito, elementos e relações se verifiquem. O conceito formal de todo (no sentido husserliano) corresponde ao sistema. Sistema implica ordem, isto é, uma ordenação das partes constituintes, relações entre as partes ou elementos. As relações não são elementos do sistema. Fixam, antes, sua forma de composição interior, sua modalidade de ser estrutura*” (VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 162)

¹⁶ Sobre o assunto, Cristiano Carvalho expõe que “*as inter-relações entre os elementos se dão por intermédio da estrutura sistêmica. A estrutura é que determinará as manifestações interatuantes entre os elementos. Sendo assim, percebemos duas propriedades inerentes a todo sistema: elemento e estrutura. Haverá sistema onde houver elementos cuja inter-relação seja estabelecida por uma estrutura. Nos sistemas dinâmicos essa operação é uma circularidade: a estrutura estabelece a relação entre os elementos e os elementos definem a estrutura a ser seguida. Não se trata de paradoxo, mas sim do modo de ser próprio dos sistemas. (...) Destarte, sistema é todo conjunto de elementos que se relacionam entre si segundo sua própria estrutura. Nos sistemas complexos, essa estrutura é determinada pelo próprio sistema*” (CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema...** Op. cit., p. 42-43).

¹⁷ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva 1998. p. 4.

linguísticas. Neste raciocínio, o critério classificador dos sistemas repousa na natureza dos elementos que os compõem.

Uma crítica é feita a essa classificação, e tem razão de ser, porquanto é necessário tomar a linguagem como instrumento essencial para a constituição da realidade¹⁸. Os elementos de um determinado sistema devem, necessariamente, ser captados através de linguagem. Portanto, não só os sistemas proposicionais, mas também os sistemas reais existem em linguagem¹⁹.

Partindo da premissa de que não há conhecimento sem linguagem, deve-se admitir que todo o sistema é do tipo proposicional²⁰. Resolvida essa questão, e continuando a classificação proposta, observa-se que os sistemas proposicionais podem ser *nomológicos*, quando seus elementos constituírem fórmulas proposicionais, ou seja, entidades ideais, e *nomoempíricos*, quando formados por proposições prescritivas ou descritivas, com referência empírica.

Quando constituído por elementos considerados proposições prescritivas – aquelas que se dirigem à conduta social para regulá-la – pode-se dizer que o sistema *nomoempírico* é prescritivo. Se constituído por elementos considerados proposições descritivas – aqueles enunciados científicos que descrevem²¹ (falam sobre) determinado objeto –, pode-se dizer que o sistema *nomoempírico* é descritivo.

A definição de sistema é importante para a definição do objeto de estudo que será realizado. Definir o conceito de sistema e identificar os diferentes sistemas em razão da

¹⁸ “É através da linguagem que o mundo se constitui enquanto um campo complexo e congruente de escolhas” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 120-121)

¹⁹ E, aqui, VILÉM FLUSSER percebeu que o próprio Evangelho já dizia que “no começo era o Verbo”. Essa frase foi utilizada por esse autor para fundamentar a sua argumentação no sentido de que o conhecimento, a realidade e a verdade são aspectos da língua, como instrumento da linguagem. (Cf. FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. 3ª ed. São Paulo: Annablume, 2007. p. 33 e 34.)

²⁰ PAULO DE BARROS CARVALHO proclama “a autorreferibilidade da linguagem, como ente auto-sustentável, dispensando elementos exteriores ao discurso para legitimar-se. Essa premissa é fator impeditivo de conceber-se objetos reais que seriam simplesmente captados por nossa intuição sensível, sem passar pelo filtro intercalar da linguagem, o que significa dizer que suprimimos aquela categoria, passando a considerar que todos os sistemas são proposicionais, aproveitando-se as escalas remanescentes da indigitada classificação” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Fundamentos...** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, São Paulo, 2004, p. 47).

²¹ Quanto se estuda a linguagem descritiva, é preciso ter como referência o fato de tratar-se de uma metalinguagem. Metalinguagem é a denominação que se atribui ao feixe de linguagem que se ocupa de falar (emitir proposições) sobre um objeto de conhecimento que se manifesta, invariavelmente, mediante a utilização de linguagem. Existem várias camadas de linguagem. A metalinguagem é uma linguagem que tem como objeto o estudo e análise de outra linguagem. Por isso, a qualidade de descritiva. Ser metalinguagem L1, por exemplo, significa dizer que existe uma posição sobreposta em relação à posição L0. Nesse ínterim, L2 é metalinguagem em relação à L1, que, por sua vez, é metalinguagem com relação à L0.

natureza dos elementos que os compõem permite eleger o conjunto que será analisado por este trabalho. Nesse sentido, dá-se início ao estudo do sistema do direito positivo, enquanto sistema *nomoempírico* prescritivo, identificando a sua moldura existencial, seus elementos, as relações estruturais internas entre seus elementos e, ainda, as relações externas, quais sejam aquelas relações comunicacionais (intersistêmicas) entre os diversos sistemas do âmbito social.

Nesse ponto, cabe observar, sobretudo, aquelas relações comunicacionais que unem o sistema do direito positivo aos demais subsistemas que compõem o macrosistema social (e.g., Ciência do Direito, o sistema político e o sistema econômico), na medida em que as relações intersistêmicas, embora não movimentem por si sós as engrenagens da inovação normativa no direito positivo, dirigem fortes influências ao agente competente dessa inovação.

O direito positivo é composto por um conjunto de proposições, materializadas por uma camada de linguagem prescritiva, tendo em vista a sua função de regulação de condutas intersubjetivas.

Ao conhecer o direito positivo, o sujeito do conhecimento emite proposições para descrevê-lo. Essa é a tarefa deste trabalho. Construir proposições descritivas sobre o objeto de estudo – sobre as normas jurídicas que limitam os efeitos da inovação normativa dentro do próprio sistema do direito positivo.

1.2. O direito é criação humana, mas qual homem cria o direito?

Ao longo do tempo, muitas teorias sobre o estudo do direito foram sendo manifestadas. A teoria naturalista e a teoria positivista – ambas, com suas variações – são duas das teorias mais estudadas para explicar o *fenômeno jurídico*. Todas elas procuram explicações sobre a origem do direito, para poder entender o que é o direito. Em rasa ideia, a teoria naturalista baseia-se na ideia de que o direito está na natureza, não decorre da atividade humana; é, pois, ínsita à própria natureza humana. Em contrapartida, para o positivismo, o direito é criação humana. É objeto cultural, fruto da vontade e das ações dos homens. É o

homem quem cria o direito e, por isso, a fonte do direito, por excelência, é a própria lei²². Nesse ponto, é necessário concordar com o fato de que o direito é uma criação do homem, dando razão à teoria positivista, pelo menos no que tange a essa vertente.

Saber que o direito é uma criação do homem – o que se estabelece como premissa – não resolve a questão de saber “o que é o direito?”, mas pode justificar a variedade de teorias existentes para tentar desvendá-lo. Se é o homem quem cria o direito, logo o direito é o resultado dessa conduta criativa do homem. O direito é, assim, norma. Norma criada pelo homem para regulamentar as condutas do próprio homem. E, se é assim, o estudioso deve procurar entender, dentro dessa conduta criativa, o que é importante saber para levar à resposta sobre o que é o direito. Sendo fruto da atividade criativa do homem, inúmeras hipóteses podem ser tomadas para ajudar a entender o direito, hipóteses normativas e hipóteses não normativas. Por que o homem criou? Quando o homem criou? Em que lugar o homem criou? Qual a finalidade da sua criação? Ela já havia criado antes? Como ele vinha criando? O que ele criou?

De certa forma, a resposta a essas questões ajudará a entender o *fenômeno jurídico*, cada uma, claro, sob uma determinada perspectiva. A perspectiva sociológica, a perspectiva histórica, a perspectiva política, a perspectiva psicológica, e assim por diante, já que todas essas perspectivas levam o estudioso a entender melhor a conduta criativa do homem e, assim, achar respostas para saber o que é direito.

Não se pode dizer que uma dessas perspectivas está certa ou errada, ou que uma é mais importante do que a outra. O que importa é que, independentemente de qual perspectiva usa, o estudioso consiga chegar a uma resposta sobre “o que é o direito?” que lhe seja útil à finalidade do seu estudo.

1.2.1. Positivismo de Hans Kelsen: breves considerações sobre a teoria “pura”

Hans Kelsen, por exemplo, entende que o direito deve ser estudado segundo uma teoria “pura” que liberte a Ciência Jurídica de tudo aquilo que lhe é estranho (*e.g.*, psicologia,

²² Explica Renato Lopes Becho: “*Enquanto no direito natural as fontes eram várias, realçando-se a própria sociedade como fixadora do jurídico, no direito positivo só há uma fonte, que é a lei, ou melhor dizendo, o Parlamento ou quem detenha a função legislativa*” (BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 179).

sociologia, ética, ciência política). Sem negar a conexão do estudo do direito com as ciências que chamou de estranhas ao *fenômeno jurídico* (e.g., sociologia), Kelsen entende que é necessário fazer uma separação metodológica, para que o estudo do direito não seja obscurecido²³.

Com essa ideia, Kelsen estudou o direito como um sistema de normas jurídicas, assim entendido como o conjunto de atos de vontade, emanados de alguém que está autorizado pelo próprio sistema, que dizem como o homem *deve* se conduzir naquela determinada sociedade²⁴. Há, aqui, uma acepção legislativa do direito, no sentido de que a norma jurídica é aquela originada do ato de vontade de quem detém a competência específica para legislar²⁵. Essa afirmação é importante para se aferir, nessa teoria, a validade das normas jurídicas.

Desse modo, afirmar que uma norma é válida é dizer que ela faz parte do ordenamento jurídico. Atestar a validade de uma norma jurídica é tarefa que está relacionada

²³ “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Isto nos parece algo de per si evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos séculos XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (...) Op. cit., p. 1/2)

²⁴ “Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, e uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. Tais atos são – entendidos neste sentido – atos de vontade. Quando um indivíduo, através de qualquer ato, exprime a vontade de que um outro indivíduo se conduza de determinada maneira, quando ordena ou permite esta conduta ou confere o poder de a realizar, o sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que o outro se conduzirá dessa maneira, mas somente dizendo que o outro se devesse conduzir dessa maneira. Aquele que ordena ou confere o poder de agir, quer, aquele a quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, deve. Desta forma o verbo ‘dever’ é aqui empregado com uma significação mais ampla que a usual. No uso corrente da linguagem apenas ao ordenar corresponde um ‘dever’, correspondendo ao autorizar um ‘estar autorizado a’ e ao conferir competência um ‘poder’.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (...) Op. cit., p. 5)

²⁵ Cf. BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito** (...) Op. cit., p. 186.

diretamente com a verificação da pertinência desta norma perante o ordenamento jurídico²⁶. Nessa linha de raciocínio, a relação de pertinencialidade entre um determinado elemento (norma) e o sistema do direito é instaurada na medida em que o processo de criação desta norma tenha observado os mínimos requisitos procedimentais prescritos pelo próprio sistema jurídico²⁷: resumem-se ao agente competente e ao processo legislativo²⁸.

É necessário, pois, que um agente, cuja competência para a criação de normas lhe foi atribuída por normas previamente existentes no próprio sistema jurídico – em última análise, pela norma hipotético-fundamental de Kelsen²⁹ –, se valha de um procedimento legislativo, também determinado por normas já existentes neste mesmo sistema, para a criação de uma norma jurídica.

De acordo com a perspectiva do positivismo defendido por Kelsen, enquanto uma teoria “pura”, é possível dizer que o direito é um conjunto de normas jurídicas – aquele conjunto de texto positivado, produzido pelo homem, um específico tipo de homem, aquele que detém a competência legislativa para tanto.

²⁶ Paulo de Barros Carvalho elucida que ser “norma válida quer significar que mantém relação de pertinencialidade com o sistema “S”, ou que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la, mediante procedimento estabelecido para esse fim” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem** (...) Op. cit., p. 403-404).

²⁷ Sobre a necessidade de atendimento às normas próprias do sistema do Direito Positivo, LOURIVAL VILANOVA esclarece que “uma proposição normativa só pertence ao sistema se podemos reconduzi-la à proposição fundamental do sistema. Cada norma provém de outra norma e cada norma dá lugar, ao se aplicar à realidade, a outra norma. O método de construção de proposições normativas está estipulado por outras normas” (VILANOVA, Lourival, **As Estruturas Lógicas**... Op. cit., p. 154).

²⁸ Diz João Maurício Adeodato que “justo, ético, legítimo é aquele direito produzido por autoridade competente, segundo o rito de elaboração prescrito pelo próprio ordenamento jurídico”. (ADEODATO, João Maurício. “Retórica da jurisdição constitucional e tributação – suas origens na teoria pura de Hans Kelsen”. In: MOREIRA, André Mendes [et al.]. **Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 433).

²⁹ Hans Kelsen, prevendo este impasse, fez um corte metodológico para o estudo do Direito, de maneira a atribuir um ponto de partida. Criou, em sua teoria, um axioma, o qual permite afirmar que o fundamento último de validade do sistema jurídico é a norma hipotético-fundamental. Partindo da premissa de que uma norma jurídica deve, sempre, ter o seu fundamento de validade postado numa outra norma jurídica, a norma hipotético-fundamental, aquela cujo fundamento de validade não deriva de qualquer outra, considerando que ela mesma já se apresenta como norma que constrói o último fundamento de validade do sistema. Em suas palavras, ele menciona que “é a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual. Esta não é uma norma posta através de um ato jurídico positivo, mas – como o revela uma análise de nossos juízos jurídicos – uma norma pressuposta, pressuposta sempre que o ato em questão seja de entender como ato constituinte, como ato criador da Constituição, e que os atos postos com fundamento nesta Constituição como atos jurídicos. Constatar essa pressuposição é uma função essencial da ciência jurídica. Em tal pressuposição reside o último fundamento de validade da ordem jurídica, fundamento esse que, no entanto, pela sua mesma essência, é um fundamento tão somente condicional e, neste sentido, hipotético” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (...) Op. cit., p. 51).

1.2.2. Realismo de Alf Ross: mudança de perspectiva em relação ao homem criador

Outra corrente doutrinária que tem a intenção de estudar o direito e, conseqüentemente, de chegar à resposta sobre “*o que é o direito?*” é denominada de *realismo jurídico*.

O realismo jurídico, pode-se dizer, é uma derivação – ou parte de um mesmo fundamento – do positivismo jurídico. Tanto a doutrina realista quanto a doutrina positivista enxergam o homem como fonte criadora do direito; com isso, ambas as teorias se afastam dos fundamentos da teoria naturalista.

Entretanto, divergem essas correntes doutrinárias em relação ao tipo de homem que cria o direito. Se, para o positivista, a criação do direito é exclusividade do Parlamento, para o realista, a criação do direito é exclusividade dos Tribunais. O direito, para o realista, não é resultado de processos legislativos, mas da decisão do juiz. É dizer: o juiz é o criador do direito – o construtor e o arquiteto³⁰.

O direito não seria mais decorrente de atos de vontade de quem detém a competência para legislar, mas daquele que tem a competência de julgar. O direito é decisão. O elemento primário do direito deixaria de ser a “norma” (aqui, numa referência ao direito positivado) e passaria a ser a decisão tomada pelo magistrado. O direito não seria constituído pelo conjunto de normas jurídicas de validade em determinado tempo e espaço, mas está constituído fundamentalmente por um conjunto de decisões que corresponde à regulamentação de casos concretos.

O foco do realismo, então, passa a ser o comportamento do juiz³¹. Dá-se uma maior atenção à influência que as questões sociais, econômicas, políticas e até mesmo psicológicas

³⁰ Nesse sentido, concordando que o realismo jurídico é uma variante do positivismo jurídico, Renato Lopes Becho explica que “*a distinção entre ambos (positivismo e realismo jurídico) encontra-se na fonte ejetora das normas jurídicas. Os primeiros veem nos parlamentos os locais de onde começa a fluir o jurídico. Já os segundos veem nos tribunais os produtores do verdadeiro direito*” (BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito** (...). Op. cit., p. 194/195).

³¹ Falando sobre o realismo, João Maurício Adeodato anota que “*o realismo também enxerga diminuição de importância na atividade do legislador e exacerbação da função judicante. O legislador não cria a norma jurídica, cria textos, dados de entrada válidos. Só o ‘aplicador’ cria a norma*”. (ADEODATO, João Maurício. “*Retórica da jurisdição constitucional e tributação* (...) Op. cit., p. 432).

possam ter sobre o comportamento do juiz no momento de decidir³². Para o realista, o direito é experiência. Interessa mais saber como os tribunais decidirão do que, propriamente, aquilo que as normas dizem o que *deve-ser*. Como explica Renato Lopes Becho:

O direito, para o realismo jurídico, não é aquele encontrado na justiça enquanto dado metafísico, não é o conjunto de normas jurídicas controladas por valores subjetivamente apresentados. Não é, também, o contido nas leis, ao menos não de modo essencial e exclusivamente. O direito é o decidido pela Justiça enquanto órgão do poder estatal, do Poder Público. A fonte do direito, por excelência, está – para os realistas – no Poder Judiciário.³³

O juiz, sob esse enfoque, é quem cria a lei. Não importa o que as normas dizem, mas o que o juiz diz que as normas dizem.

Nesse sentido, a “validade” de uma norma jurídica é determinada, em última análise, pelos juízes. A “validade” da norma, pois, estaria vinculada à sua efetiva aplicação por parte do Poder Judiciário. Ao explicar a “vigência do ordenamento”, Alf Ross escreve que é nas decisões dos tribunais que se tem de “*procurar a efetividade que constitui a vigência do direito*” e define como “sistema vigente de normas” “*o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata*”³⁴. A pertinência da norma jurídica ao ordenamento teria como base a efetividade dada pelos tribunais (aqui, estaria sendo dada “vigência” à norma, segundo Alf Ross), diferentemente do conceito de validade aplicável à teoria positivista.

Ao verificar que determinada norma jurídica é aplicada pelos tribunais, é possível identificar a sua respectiva “vigência” – ou “validade”, se for considerado que o elemento efetividade (aplicação pelos tribunais) é definidor de pertinencialidade para a inserção dessa norma jurídica no sistema jurídico. Essa “vigência” só pode ser atestada no momento em que o tribunal aplica a norma. Antes da aplicação, não há como afirmar que tal ou qual norma é “vigente”. Para Alf Ross, a “vigência” está sempre no futuro – é a expectativa de aplicação da norma. Quando muito, é possível fazer previsões – numa vertente de probabilidades –, inclusive levando em conta as decisões do passado, para saber se determinada norma será aplicada a determinado caso, quando esse caso chegar ao tribunal e assim for resolvido. Como esclarece Riccardo Guastini, ao estudar Alf Ross, “*dizer que uma norma está vigente não*

³² Alf Ross é enfático ao dizer que “*o conceito de vigência do direito repousa, de acordo com a explicação apresentada nesta seção, em hipóteses que concernem à vida espiritual do juiz*” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. [Trad. Edson Bini]. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2007, p. 61).

³³ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito** (...). Op. cit., p. 187/188.

³⁴ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. [Trad. Edson Bini]. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 59.

significa dizer que esta norma foi efetivamente aplicada pelos juízes, nas suas decisões passadas, mas significa prever que tal norma será aplicada nas suas decisões futuras”³⁵. E complementa:

De fato, quem solicita uma informação sobre direito vigente não está interessado nas decisões passadas: deseja saber qual será provavelmente a decisão judicial numa certa controvérsia quando esta for submetida a um juiz. E, por outro lado, uma norma apenas promulgada pode muito bem ser vigente (suscetível de aplicação) ainda que nenhum juiz tenha tido a oportunidade de aplicá-la. Eis, pois, o conceito de vigência: a vigência de uma norma é uma propriedade disposicional, e precisamente a disposição desta norma a ser aplicada pelos tribunais. Descrever o direito vigente não é fazer afirmações acerca do passado, mas fazer previsões sobre o futuro.³⁶

A busca pela identificação da norma “vigente”, nesse ponto, não passaria de uma formação de expectativas baseadas na probabilidade de os tribunais aplicarem essa determinada norma a um caso concreto, baseada no próprio comportamento ideológico desses juízes³⁷ e não na experiência decisória de juiz ou tribunal, por exemplo, quando da aplicação da mesma norma a fatos semelhantes. Como afirma Alf Ross:

[...] nada se obtém, pois, mediante uma interpretação comportamental. O comportamento de mudança do juiz somente pode ser compreendido e predito mediante interpretação ideológica, isto é, por meio da hipótese de uma certa ideologia que anima o juiz e motiva suas ações.³⁸

1.2.3. É possível falar em “positivismo realista”?

Se, de um lado, do lado do positivismo, não se pode ser extremista ao ponto de defender que o direito nasce exclusivamente do Poder Legislativo e que este é quem detém o poder do certo e do errado, de outro lado, do lado realista, também é exagerado pensar que o juiz, sozinho e com base em suas próprias convicções não normativas, cria o direito. Renato Lopes Becho, ao explicar as duas doutrinas, bem desvendou as respectivas vertentes radicais e

³⁵ GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. [Trad. Edson Bini]. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 125.

³⁶ GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. (...). Op. cit., p. 125.

³⁷ “A vigência não pode ser determinada recorrendo-se a um costume mais geral, externamente observável, nomeadamente o de “obedecer ao legislador”, pois não é possível a partir da observação externa identificar o “legislador” que está sendo obedecido. A observação puramente externa poderia levar à conclusão de que se obedece às pessoas, mencionadas nominalmente, que no momento da observação eram membros da legislatura. Mas um dia também a composição desta sofrerá mudança. Pode-se prosseguir dessa maneira ascendendo até a Constituição, mas nada há que impeça que um dia a Constituição seja também mudada” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. (...). Op. cit., p. 62).

³⁸ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. (...). Op. cit., p. 62.

moderadas, tanto do positivismo quanto do realismo.

Sobre o positivismo, o referido autor escreve:

Como ideologia ou doutrina, o positivismo prega o absoluto respeito à lei. Nesse sentido, podemos separá-lo entre uma versão forte ou extrema e uma versão fraca ou moderada. No primeiro grupo, onde está Hobbes, a lei deve ser respeitada de maneira absoluta, pois o legislador detém o poder de ditar o certo e o errado, o que significa dizer o justo e o injusto, o mesmo que o lícito e o ilícito. Na versão fraca ou moderada, a mais comum entre os teóricos desse movimento, não basta que as disposições normativas venham veiculadas por lei. Esta tem de respeitar um conteúdo mínimo, como ‘a ordem, a igualdade formal e a certeza como os valores próprios do direito’ (BOBBIO, 1995, p. 236), além do que o próprio Estado tem de respeitar suas leis, o que pode significar uma limitação do poder de legislar determinada pelo próprio Parlamento.³⁹

Já sobre o realismo:

[...] assim como o jusnaturalismo e o juspositivismo, o realismo jurídico possui mais de uma vertente. A sua linha mais radical pugna que os juízes criam o direito tomando-se como referência suas convicções, enquanto a linha mais ponderada defende que eles criam o direito valendo-se de outras fontes sociais, como a legislativa e a consuetudinária (usos e costumes).⁴⁰

Não se pode concordar com a afirmação positivista de que o estudo do direito tem de ser feito de forma isolada e sem considerar todos os pontos de intercessão do subsistema do direito com os demais subsistemas que formam o conjunto dos sistemas sociais. De outro lado, também não se pode conceber que o direito seja criação única e exclusiva dos juízes que o fazem, ao desprezo das normas positivadas. Se não se pode conceber o direito como sistema isolado dos demais sistemas sociais, é necessário, também, saber que a dinâmica do sistema do direito é determinada por seus próprios elementos internos. Desse modo, ainda que os legisladores (em sentido lato) possam sofrer influências externas, estas não podem ser relevantes ao ponto de se sobrepor aos mecanismos normativos que dizem respeito à reprodução do direito.

Considerar, como prega o realismo, que o direito é uma expectativa sobre as probabilidades de decisão de determinado juiz, baseado em ideologias, por exemplo, sociais, significa jogar o direito numa corrente de incerteza, como mero exercício de probabilidades. Isso contraria o próprio fundamento e objetivo do Estado de Direito, que é o da busca pela segurança.

³⁹ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito** (...). Op. cit., p. 187

⁴⁰ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito** (...). Op. cit., p. 190.

O sistema do direito, por vezes, autoriza e, da mesma forma, exige que acontecimentos e estruturas operativas de outros sistemas sociais sejam relevantemente tomados como influência para autorizar o agente competente à criação, extinção e modificação das regras estruturais do sistema do direito. É importante mencionar que entre os sistemas sociais e dentro de cada subsistema há estruturas comunicacionais, as quais são responsáveis pela manutenção das relações comunicacionais intersistêmicas e intrassistêmicas. Note-se que essas estruturas aparecem para reger as relações comunicacionais entre subsistemas (intersistêmicas)⁴¹, enquanto elementos de um sistema maior no qual estão inseridos e, da mesma forma, para reger as relações comunicacionais entre os elementos que fazem parte de cada um desses subsistemas (intrassistêmicas).

A conversa intersistêmica, entretanto, não pode pôr em risco a integridade de cada um dos subsistemas. Isso implica dizer que a forma de operacionalização das relações comunicacionais intrassistêmicas deve permanecer em perfeito funcionamento, sempre de acordo com suas próprias estruturas comunicacionais. Daí a afirmação de que direito é um sistema fechado do ponto de vista de coordenação⁴² e cognitivamente aberto no âmbito da possibilidade de interferência externa entre os subsistemas.

Ora, se, por um lado, não é possível a aplicação das estruturas comunicacionais dos demais subsistemas para amparar a criação ou o reconhecimento de normas jurídicas, por outro lado, tais interferências podem resultar e, pela evolução natural, de fato, resultam, numa alteração da própria estrutura comunicacional do sistema do direito, em razão da influência materializada pelas relações comunicacionais intersistêmicas.

Não se trata, pois, de emprestar as estruturas comunicacionais dos demais subsistemas sociais ao direito, mas de permitir que determinadas estruturas comunicacionais

⁴¹ Sobre o sistema do direito, as estruturas comunicacionais intrassistêmicas nada mais são do que o conjunto das relações existentes entre as normas jurídicas (elementos que compõem o sistema do direito) que prescreve como deverão ser as relações intersubjetivas inseridas no ambiente do sistema social.

⁴² Isso significa que há a aplicação exclusiva de suas próprias estruturas comunicacionais em seu respectivo ambiente. Sobre o fechamento operativo, RAFFAELE DE GIORGI, ao estudar a obra de NIKLAS LUHMANN, observa que o “*fechamento de um sistema que, ao estimular os distúrbios que provenham do ambiente, o sistema só reage entrando em contato consigo mesmo, ativando operações internas, acionadas a partir dos elementos que constituem o próprio sistema. Disto resulta a auto-referência e a autopoiese do sistema: o sistema produz e reproduz os elementos dos quais é constituído, mediante os elementos que o constituem. (...) A autonomia dos sistemas sociais, então, significa que os sistemas auto-regulam as formas da própria dependência e da própria independência. Nisto os sistemas devem se autodeterminar e, portanto, auto-identificar*” (GIORGI, Raffaele de. **Luhmann e a Teoria Jurídica dos anos 70**. [Trad.: Luiz Fernando Mussolini Júnior]. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 191).

intrassistências sejam alteradas, levando em consideração, também, mas não de forma preponderante, as citadas influências. Celso Fernandes Campilongo, em seu esforço para uma interpretação dos ensinamentos de Niklas Luhmann, trata do assunto em questão referindo-se ao “acoplamento estrutural” entre os sistemas. Segundo o referido autor brasileiro:

[...] cada sistema mantém sua integridade, sua clausura operacional, e continua a operar com base em seus mecanismos específicos ou auto-referenciais. Entretanto, os sistemas estruturalmente acoplados estão abertos a influências recíprocas, que permitem uma multiplicação das chances de aprendizagem na comunicação intersistêmica.⁴³

O “acoplamento estrutural”, ou seja, a influência recíproca entre os sistemas, é o meio pelo qual a sociedade se modifica continuamente, e tal fenômeno é o que permite sua evolução⁴⁴. Isso é necessário, e não se pode fechar os olhos a essa vertente de análise do direito. Os valores sociais são alterados e aperfeiçoados à medida que a sociedade evolui. Isso é resultado da comunicação entre os subsistemas sociais. A constante mudança que ocorre no interior de cada um desses subsistemas constrói o caminho que deve ser seguido pela sociedade. Essa mudança é inevitável e faz parte da própria essência da vida humana em sociedade.

Sob outra perspectiva – da estrutura comunicacional de cada subsistema –, o direito não só pode, mas deve ser estudado como sistema fechado⁴⁵. As influências dos demais subsistemas sociais podem servir de objeto de convicção para que o agente competente, desde que atuando dentro dos limites traçados pela norma de competência (formal e materialmente falando), realize os atos necessários à criação e/ou determinação de normas jurídicas.

⁴³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 60.

⁴⁴ Importante a observação de Clarice von Oertzen de Araújo. Segundo a autora, “o direito, em parte absorve as informações de seu meio, a sociedade, e em parte de si mesmo, quando provoca o seu auto-exame (o que acontece o tempo todo). Ou seja, o Direito compara a todo tempo as suas estruturas iniciais com aquelas assimiladas no decorrer da vigência do sistema” (ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 65).

⁴⁵ A qualidade de ser um sistema fechado se justifica pelo fato de que o direito cria suas próprias realidades, em cumprimento de suas respectivas regras que definem a maneira pela qual essas realidades devem ser estabelecidas. Niklas Luhmann chama esta qualidade de “*clausura operativa*”, e tem razão de ser, quando se pensa que o direito opera conforme suas próprias regras estruturais, para evitar que regras estruturais de outros subsistemas sejam nele aplicadas. Segundo o autor, “*el avance de teoría consiste en la afirmación de que para que el sistema construya su propia complejidad es necesaria la clausura operativa. (...) también la teoría de los sistemas operativamente clausurados es una teoría de la distinción entre sistema y entorno. El cierre no deberá entenderse causales entre el sistema y el entorno (aunque las afirma a su manera) y que las interdependencias causales sean estructuralmente necesarias para el sistema. (...) la teoría de la clausura operativa del sistema hace abstracción, en la definición de su objeto, de las relaciones causales entre sistema y entorno*” (LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. [Trad.: Javier Torres Nafarrate]. Lomas de Santa Fe – México: Universidade Iberoamericana Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 2002. p. 98-99).

Com essas considerações, nota-se que (i) não se pode tomar a premissa de que o direito é exclusivamente aquilo que é criado pelo *parlamento*, sem nenhuma consideração às influências externas que podem guiar a interpretação do texto de lei para a identificação da norma jurídica; e (ii) que não se podem fechar os olhos para os elementos puramente normativos – as leis criadas pelos agentes competentes (*e.g.*, pelo parlamento) –, em clara aceitação das influência intersistêmicas como estruturas internas próprias do sistema jurídico. Nem tanto ao céu positivista, nem tanto à terra realista.

As normas jurídicas, enquanto resultado da interpretação, não são criadas por quem as interpreta. As normas jurídicas, mediante o processo interpretativo, são reconhecidas pelo intérprete que assimila os textos da lei e aplica a consequente relação jurídica, neste último caso, quando for autorizado para tanto.

Dizer que os juízes, por si sós e segundo suas próprias convicções, criam o direito implica, num primeiro momento, reconhecer que o direito se reduz a conflitos que chegam ao Poder Judiciário. Ademais disso, significaria dar ampla liberdade de atuação dos juízes, em detrimento da própria função do Poder Legislativo que, em última análise, edita as leis na qualidade de porta-voz do povo. Estar-se-ia tornando letra morta os princípios da república, da democracia e da separação dos poderes. Nesse sentido, são as impressões de Renato Lopes Becho sobre o realismo jurídico:

Esse extremismo com relação à força criativa dos juízes nos parece difícil de sustentar. Mesmo reduzindo o direito aos conflitos judiciais, como expusemos anteriormente, considerar que são as decisões judiciais que criam o direito suporia uma ampla liberdade de atuação judicial que nosso sistema não prevê e a prática não demonstra. Os magistrados antes interpretam o direito do que o criam, autonomamente. Entretanto, acreditamos que os juízes contribuem decisivamente para a criação da norma jurídica, não sendo meros autômatos, como sugeriu o positivismo jurídico radical. Somos de entendimento de que uma parcela do procedimento interpretativo, imprescindível para a identificação ou para a descoberta da norma jurídica, é procedimento criativo, mas moderado. Os limites são dados pela razoabilidade da interpretação, que não pode ser transformada em superinterpretação.⁴⁶

Os juízes têm sim papel fundamental na interpretação do ordenamento jurídico e na própria dinâmica de criação e aplicação do direito, mas não como fonte autônoma e exclusiva da criação de normas jurídicas, segundo ideologias não normativas.

Não importa para o estudo do direito os motivos pessoais que levaram o juiz a

⁴⁶ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito** (...). Op. cit., p. 191.

decidir pela aplicação do sentido A ou B de determinada lei. Claro que todo ato de vontade, toda conduta humana, é sempre realizado a partir de uma tomada de decisão. Por fazer ou não fazer, e de que jeito fazer. Claro que a ideologia social, econômica e religiosa do juiz acabará, em menor ou maior grau, influenciando a tomada de decisão, entretanto, não se pode perder de vista que ao interpretar o direito, o juiz estará adstrito às regras e princípios constantes no ordenamento. Não dá para justificar o direito a partir do conhecimento das supostas condições sociais, dentro das quais se vai aplicar a lei.

A ideologia, pode-se dizer, de caráter social, não pode se sobrepor à ideologia normativa que o leva à tomada de decisão sobre o sentido que há de ser dado à norma jurídica. Ora, se fora admitido que o juiz vai decidir com base em algum valor que tenha como justo, então é supérflua a validade das normas produzidas pelo legislador. Normas que, em última análise, refletem valores que a sociedade deseja ver atendidos. Interessa o fundamento normativo da decisão e não o idealismo socioeconômico e cultural do juiz. Assim, em relação às expectativas e probabilidades de aplicação de uma norma jurídica, é essa “ideologia normativa” que deve ser levada em conta.

Há de se notar que o realismo jurídico de Alf Ross é doutrina baseada na experiência americana sobre o direito, onde vigora o chamado regime *common law*, e o positivismo de Kelsen é modelo que mais se amolda aos regimes ditados de *civil law*, como é o brasileiro. Entretanto, vale mencionar, o realismo jurídico não pode de todo ser descartado. As ideias que colocam o juiz como centro de produção normativa podem ser usadas em nosso ordenamento, porquanto a interpretação dada pelos juízes às proposições prescritivas do ordenamento positivado são consideradas autênticas, na própria doutrina de Kelsen.

Precisam (as ideias do realismo), antes, ser adotadas segundo uma corrente mais moderada – aquela que não despreza o texto da lei e que o valoriza juntamente com a *realidade* da aplicação normativa; aquela que até então (até o momento da eventual nova aplicação normativa) haja sido realizada pelos juízes.

Ressalte-se, tanto a doutrina de Hans Kelsen, quanto a doutrina baseada no Realismo Jurídico, anotam que o juiz é aquele quem tem a competência para dizer o que é o direito. É dele a última palavra. Reconhecendo esse ponto de contato, Thomas da Rosa Bustamante escreve que:

[...] há um relevante elemento decisionista na atividade do juiz – apesar de ele estar vinculado pela lei – que aproxima Kelsen mais uma vez do

Realismo Jurídico de modo geral. Ao perguntarmos sobre o fundamento de determinada decisão jurídica, as respostas de um normativista kelseniano e de um realista são semelhantes em importante extensão. Embora o primeiro restrinja a atividade judicial em certa medida (enquanto a vincule ao conteúdo da norma geral que ele aplica), ambos concordam que o intérprete é o verdadeiro ‘autor’ da regra jurídica individual que resolve qualquer problema jurídico concreto.⁴⁷

Nesse ponto, concorda-se que as decisões dos tribunais têm sim importância para o estudo do direito e devem ser consideradas como elementos para a interpretação das leis. Entretanto, não se pode dizer que interessa mais saber como os tribunais decidirão, sem olhar, antes, para o ordenamento jurídico. No final das contas, são os precedentes e as motivações normativas que devem ser olhados, e não as respectivas motivações *não normativas* que levaram o juiz a decidir.

1.2.4. Homens autorizados a criar o direito

O Poder Legislativo, no ordenamento brasileiro, é, por essência, aquele que tem a função de criar normas jurídicas, mediante a edição de leis, segundo a vontade do povo. Entretanto, também é atribuída aos Poderes Executivo e Judiciário a competência para criar, mediante instrumentos próprios (*e.g.*, decretos, instruções normativas, sentenças, acórdãos, decisões administrativas), normas jurídicas para a regulação de condutas.

O direito é criado, pois, por todos aqueles que receberam a competência para legislar, em sentido lato – sentido de criação de normas gerais, individuais, abstratas ou concretas. O Parlamento cria o direito quando edita determinada lei; o Executivo cria o direito quando regulamenta determinada lei, quando instrui seus agentes a executarem determinada lei ou decreto; e o Poder Judiciário cria o direito quando resolve conflitos e profere uma sentença ou acórdão que carrega uma norma individual e concreta.

Falando sobre, e comparando, a natureza das atividades do legislador e do juiz, Thomas da Rosa Bustamante, com base no estudo de Hans Kelsen, anota que:

[...] a natureza da atividade do legislador e da atividade do juiz, ao interpretar normas de escalão superior e criar normas individuais ao mesmo tempo, é exatamente a mesma, de sorte que a única diferença entre os dois

⁴⁷ BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial – a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 101.

casos ‘é uma diferença quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida que a vinculação do juiz’.⁴⁸

A criação do direito pelo Poder Judiciário é feita mediante um ato de aplicação, decorrente de atos de decisões; estes últimos pautados pelo resultado de processos interpretativos que levam em consideração o direito que foi criado por todos aqueles homens autorizados a legislar, inclusive, com base no direito já criado até este momento pelo próprio Poder Judiciário.

1.3. Os elementos do sistema do direito: construindo as normas jurídicas

Estudar o direito significa conhecer seus elementos e suas relações intrassistêmicas. “*O conjunto de normas forma o sistema jurídico*”⁴⁹. As normas jurídicas, pois, são os elementos que fazem parte do sistema do direito⁵⁰, motivo por que o seu estudo se torna essencial ao desenvolvimento de qualquer trabalho que pretenda, cientificamente, analisar e descrever o direito, precisamente pela circunstância de serem elas o objeto do conhecimento da Ciência do Direito. É por meio das normas jurídicas, aqui entendidas como as normas válidas, ou seja, as que pertencem a um ordenamento jurídico⁵¹ em determinado tempo e espaço, que a sociedade busca ver atendidos os seus valores. São elas que se prestam a regular as condutas humanas, atribuindo os valores que a sociedade almeja alcançar.

As normas jurídicas, diferentemente das regras da natureza, em que para cada acontecimento determinado haverá, sempre, uma ou mais consequências, também previamente determinadas⁵², prescrevem como as condutas sociais devem ser⁵³, atendidos os

⁴⁸ BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial** (...) Op. cit., p. 101.

⁴⁹ ROBLES, Gregorio. **Direito Como Texto** (...). Op. cit., p. 1.

⁵⁰ O jusfilósofo austríaco HANS KELSEN, quando dedicado ao estudo do Direito, concluiu que “*na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica*” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. [Trad.: João Batista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 79).

⁵¹ O ordenamento jurídico é o conjunto de normas jurídicas (elementos) e relações (estrutura). É, portanto, sinônimo de sistema. Nesse sentido, cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** (...) Op. cit., p. 176.

⁵² Como ensina José Souto Maior Borges, “*as ciências naturais regem-se pelo princípio da causalidade: dada uma certa causa, seguir-se-á necessariamente um efeito. Dada a elevação da temperatura a cem graus centígrados, ocorrerá, sob certas condições, a ebulição da água*” (BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária (introdução metodológica)**. 2ª ed. Malheiros, 1999. p. 20).

⁵³ O direito não pode prescrever como as condutas humanas serão, mas como essas condutas devem ser. Por isso se diz que o direito opera no campo do dever-ser, prescrevendo de que forma as condutas humanas devem

valores ali prestigiados pelo legislador⁵⁴.

Nesse ponto, começa-se pela definição trabalhada por Paulo de Barros Carvalho, para quem a norma jurídica, que está sempre na implicitude dos textos de direito positivo, é o resultado da interpretação dos escritos que se projeta na mente de cada um que se presta à leitura e compreensão, formando um juízo que se estabelece entre uma hipótese fática que toma corpo no ambiente social e uma consequência jurídica que se estabelece em razão da verificação da ocorrência dessa hipótese⁵⁵.

O texto normativo – o que pode ser chamado de enunciados prescritivos marcados em tinta no papel – não é a mesma coisa que a norma jurídica. A norma jurídica é aquela produzida pelo intérprete como resultado de processo de interpretação que tem início, justamente, a partir da leitura e compreensão do texto normativo.

O texto normativo é a matéria-prima para a construção das normas jurídicas. A qualidade de “normativo” do texto, observe-se, é essencial para diferenciá-lo de todos os demais textos, por exemplo, que trazem mandamentos religiosos, morais, éticos etc. A interpretação jurídica, ou seja, a interpretação que tende à construção de normas jurídicas deve levar em conta as proposições prescritivas extraídas dos textos normativos e delas partir.

São normativos aqueles textos produzidos segundo um determinado procedimento, por agentes considerados competentes, e veiculados por meio de instrumentos próprios, tudo definido pelo direito. Os textos normativos formam, assim, um sistema. Um sistema de enunciados prescritivos veiculados, por exemplo, pelas leis, decretos, sentenças, acórdãos, autos de infração e decisões proferidas por órgãos da Administração Tributária. Esse sistema, dos textos normativos, é a matéria-prima para a construção dos elementos que formam o sistema do direito – para a construção, dentro de um incontável número de possibilidades, das

acontecer, o que não quer dizer que, de fato, elas acontecerão. O destinatário de uma norma jurídica pode ou não atender à conduta que por ela foi prescrita.

⁵⁴ “Tal-qualmente uma lei natural, também uma proposição jurídica liga entre si dois elementos. Porém, a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, a da causalidade. (...) Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** Op. cit., p. 87).

⁵⁵ “Norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. (...) A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. (...) Se pensarmos que a norma jurídica é um juízo hipotético-condicional (*se ocorrer o fato X, então deve ser a prestação Y*) formada por várias noções, é fácil concluir que nem sempre um só texto (de lei, p. ex.) será suficiente para transmitir a integridade de uma norma jurídica” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43/44).

normas jurídicas que formam o ordenamento jurídico. Sem o processo interpretativo, sem a compreensão e a atribuição de sentido ao texto normativo, não há como conceber um sistema do direito. O sistema do direito, pois, é aquele construído por quem se dispõe a interpretá-lo.

E, sendo a norma jurídica um elemento do sistema do direito, pode-se afirmar que cada intérprete constrói seu próprio sistema do direito. Ora, se a norma jurídica é o juízo que cada intérprete faz da leitura dos textos de lei, o conjunto dessas normas, ou seja, o conjunto dos resultados dos processos interpretativos forma para esse intérprete o seu próprio sistema do direito.

Nesse ponto, cabe destaque à lição de Eros Grau, para quem a norma jurídica não é produzida (no sentido de ser reproduzida, descoberta a partir da interpretação do texto de lei⁵⁶) somente pelos tribunais (intérpretes autênticos do direito), mas, também, por todos aqueles que se prestarem à realização de processos interpretativos dos textos legais. Nas palavras do citado autor, “*se as normas nascem da interpretação, também esses intérpretes não autênticos produzem normas*”⁵⁷. E, para ilustrar o seu posicionamento, fornece o seguinte exemplo:

O homem faminto que, sem nenhuma moeda, ao passar por uma barraca de frutas não arrebatava uma maçã, interpreta um texto de direito – o texto que coíbe o furto –, produzindo norma. Porque a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação, o homem faminto, ao interpretar a lei desde o seu caso concreto, aplica-a.⁵⁸

Partindo dessa noção de norma jurídica, todos aqueles que se propuserem a analisar e compreender o direito positivo – aquele conjunto de enunciados prescritivos formulados pelos *homens autorizados a criar o direito* –, ainda que minimamente, serão capazes de identificar as condutas prescritas, frise-se, aquelas condutas prescritas segundo as normas que se formaram na mente de cada um desses intérpretes.

1.3.1. Formalização do juízo hipotético condicional contido nas normas jurídicas

⁵⁶ Eros Grau usa o termo não o termo “produzir” para se referir à criação (fabricação, em suas palavras) de normas, mas no sentido de descoberta da norma pelo intérprete do texto de lei. Segundo o autor, “*o intérprete não é o criador ex nihilo. Produz a norma, não porém no sentido de fabricá-la, mas no de reproduzi-la*” (GRAU, EROS ROBERTO. **Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 44).

⁵⁷ GRAU, EROS ROBERTO. **Por Que Tenho Medo (...)**. Op. cit. p. 47.

⁵⁸ GRAU, EROS ROBERTO. **Por Que Tenho Medo (...)**. Op. cit., p. 47.

A norma jurídica – comando normativo dotado de coatividade⁵⁹ – é construída pelo intérprete como resultado do processo interpretativo que tem início na leitura dos textos de lei. Assimilando os comandos prescritivos do texto normativo, o intérprete cria um juízo de valor⁶⁰ hipotético-condicional para estabelecer uma relação implicacional entre uma determinada situação social e uma conseqüente relação jurídica⁶¹. Assim, nota-se que o direito disciplina como deve ser a respectiva conseqüência da ocorrência desta situação social.

Para alcançar esse juízo de valor, na maioria das vezes, é necessário que sejam formuladas proposições sobre vários enunciados prescritivos. O processo interpretativo deve levar em consideração a existência de relações entre os enunciados prescritivos pertencentes a diversos ramos do direito⁶².

Por meio do processo interpretativo, o intérprete identificará a forma encontrada pelo

⁵⁹ Nesse sentido, Herbert L. A. Hart explica que “*devem existir, sempre que exista um sistema jurídico, algumas pessoas ou corpos de pessoas que emitem ordens gerais baseadas em ameaças, que são geralmente obedecidas, e deve acreditar-se em geral que essas ameaças provavelmente serão levadas a cabo, em caso de desobediência. Esta pessoa ou corpo devem ser internamente soberanos e externamente independentes. Se, na esteira de Austin, chamarmos a tal pessoa ou corpo de pessoas, supremos e independentes, o soberano, as leis de qualquer país serão as ordens gerais baseadas em ameaças que são emitidas, quer pelo soberano, quer por subordinados em obediência a este*” (HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. [Trad. A. Ribeiro Mendes]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 31)

⁶⁰ Hans Kelsen afirma serem as proposições jurídicas “*juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinado*” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** Op. cit., p. 80).

⁶¹ Ainda trabalhando com a teoria kelseniana, denomina-se imputação o princípio ordenador aplicável ao fenômeno jurídico, da mesma forma como a causalidade é aplicável às leis naturais. Diferenciando a causalidade e a imputação, Hans Kelsen esclarece que “*imputação designa uma relação normativa. É esta relação – e não qualquer outra – que é expressa na palavra ‘dever-ser’, sempre que esta é usada numa lei moral ou jurídica.*” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** Op. cit., p. 101).

⁶² Por exemplo, para formular um juízo de valor sobre a norma federal que instituiu a contribuição de intervenção sobre o domínio econômico incidente sobre a remessa para o exterior derivada da contraprestação contratual pela prestação de serviços administrativos e assemelhados (Lei 10.168/2000), deve-se buscar nos demais ramos do Direito, em especial, no Direito Civil, o conceito de “serviços”, da mesma forma que se deve buscar na Constituição Federal as normas de competência e os requisitos necessários para a instituição da referida contribuição. Klaus Tipke e Joachim Lang, quando discorrem sobre a relação do Direito Tributário com os outros ramos do Direito, afirmam que “*o Direito Tributário como parte do Ordenamento Jurídico é entrelaçado com muitos ramos do Direito mais ou menos estreitamente. Na esfera do Direito Tributário Internacional tem ele parcialmente o valor de Direito Internacional Público (Volkerrecht) (s. § 2 AO) e Direito da Comunidade Econômica Européia (Europarecht) (s. em maior extensão o § 2 Rz, 47 ff.). Os tipos legais do Direito Penal Tributário (Steuerordnungswidrigkeitenrechts) são caracterizados como os assim chamados preceitos em branco (blnkettvorschriften) em virtude de que eles, sem remissão ao Direito Tributário, não podem ser aplicados. Estreitas conexões na solução das questões fundamentais persistem entre Direito Tributário e Direito Administrativo Econômico (Wirtschaftsverwaltungsrecht) no campo do Direito Constitucional Econômico (Wirtschaftsversassungsrecht), nomeadamente, da Proteção do Direito Fundamental das Empresas (Grundrechtsschutzes Von Unternehmen) da Direção da Economia (Wirtschaftslenkung) (sobre subvenções direitas/indiretas s. § 19 Rz. 5) e da Proteção Jurídica (Rechtsschutzes) [p. ex. Ação de concorrente (kunkurrentenklage).*” (TIPKE, Klaus; e LANG, Joachim. **Direito Tributário (Steuerrecht)**. [Trad.: Luiz Doria Furquim]. 18ª ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 59-60).

direito para regular determinada situação social. Pode-se dizer, assim, que entre uma determinada situação social e a respectiva consequência prescrita pelo direito existe uma relação de implicação deôntica⁶³.

A formalização da linguagem do direito é um caminho que ajuda o intérprete a encontrar uma proposição que contém uma característica universal⁶⁴ – aquela comum a todas as normas jurídicas. Ao utilizar o método da formalização ou abstração lógica, verifica-se que o juízo hipotético-condicional que caracteriza a norma jurídica pode ser formalizado por duas variáveis e uma constante⁶⁵, da seguinte maneira: “ $H \rightarrow C$ ”, onde “H” é a variável que

⁶³ A relação de implicação deôntica é aquela na qual a verdade (verificação de sua ocorrência) de uma determinada situação social, prevista por uma norma jurídica, implica, conseqüentemente, a verdade (nascimento) de uma relação jurídica entre sujeitos de direitos. As relações de implicação deôntica são diferentes das relações de causalidade natural. Como já asseverado, o Direito opera no campo do dever-ser e não no campo do ser. Nesse ponto, KELSEN afirma que a conduta humana “*é regulada positivamente por um ordenamento positivo, desde logo, quando a um indivíduo é prescrita a realização de uma omissão de um determinado ato (quando é prescrita a omissão de um ato, esse ato é proibido). Ser a conduta de um indivíduo prescrita por uma norma objetivamente válida é equivalente a ser esse indivíduo obrigado a essa conduta. (...) A mesma hipótese de regulamentação positiva se verifica também quando uma determinada conduta, que é em geral proibida, é permitida a um indivíduo por uma norma que limita o domínio de validade da outra norma que proíbe essa conduta*” (grifo não consta no original) (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** Op. cit., p. 16-17). Mais adiante em seus estudos, KELSEN afirma que o dever-ser é “*a cópula que, na proposição jurídica liga pressuposto e consequência, abrange as três significações: a de um ser-prescrito, a de um ser-competente (ser-autorizado) e a de um ser-(positivamente)-permitido das consequências. Que isto dizer: com o dever-ser (Sollen) que a proposição jurídica afirma são designadas as três funções normatizadas.* (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito...** Op. cit., p. 87). Lourival Vilanova, baseado nos ensinamentos de Hans Kelsen, ao comentar acerca da imputação deôntica, afirma que “*o dever-ser kelseniano tem vários usos. Um deles é o relacional(R), cujos valores são o obrigatório (O), o proibido (P) e o permitido (P). (...) São estas as três ‘funções normativas’ a que alude (Kelsen, Théorie Purê Du Droit, p. 107), correspondentes aos modais deônticos da variável relacional (R). Bem certo, quando Kelsen contrapõe o dever-ser (imputabilidade) à causalidade está tomando o dever-ser como forma de síntese, o dever-ser em sua função epistemológica: uma forma gnosiológica de relacionar os dados da experiência. Tanto que esse dever-ser coloca-se no nível da proposição com que a Ciência-do-Direito descreve o dever-ser no nível da norma jurídica, cuja expressão linguística é a proposição normativa, onde se preceituam o proibido, o obrigatório e o permitido*” (VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas...** Op. cit., p. 74-75).

⁶⁴ Os ensinamentos de Lourival Vilanova permitem afirmar que a formalização ou abstração lógica é a operação de separar, destacar, isolar um determinado objeto que se tenta estudar, analisar e observar, com o intuito de proferir manifestações comunicacionais sobre ele. Aplicando o processo da abstração formal, ou seja, do isolamento temático na norma jurídica, encontrar-se-á uma proposição que contém característica universal, pois esta se acha apta para representar, numa linguagem formalizada, qualquer norma jurídica existente. Suas variáveis e constantes podem ser aplicadas a qualquer norma que se possa imaginar. Nas palavras do citado autor, “*para chegar-se, pois, à proposição como tal, é preciso ir-se ao tema com o tipo de experiência que Husserl denominou abstração (lógica), ou reflexão lógica. Isola-se tematicamente a forma, faz-se a formalização. Meu ponto de partida será das proposições determinadas, isto é, envoltas numa linguagem, referindo-se, com suas significações determinadas a objeto especificado. (...) Formalizar não é conferir forma aos dados, inserindo os dados da linguagem num certo esquema de ordem. É destacar, considerar à parte, abstrair a forma lógica que está, como dado, revestida na linguagem natural, como linguagem de um sujeito emissor para um sujeito destinatário, com o fim de informar notícias sobre os objetos*” (VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas...** Op. cit., p. 45-46).

⁶⁵ Lourival Vilanova trata do assunto relativo às formas lógicas com propriedade. Afirma o autor que as variáveis e as constantes na forma lógica “*nada dizem de específico, porque as formas lógicas são estruturas compostas de variáveis e de constantes, isto é, de símbolos substituíveis por quaisquer objetos de um domínio*

representa a previsão de uma determinada situação de possível ocorrência no mundo dos fenômenos; “C” é a variável que representa a consequência, ou melhor, a relação jurídica que nascerá no momento em que se verificar a ocorrência da situação prevista em “H”; e, por último, o conectivo “→”, que representa a constante que liga as duas variáveis, simbolizando a relação de implicação. Essa formalização pode ser lida como: Dado o fato de ter se verificado a situação prevista em “H”, deve ser a consequência do nascimento da relação jurídica prevista em “C”.

Encontrada está a característica universal, a proposição normativa formalizada que serve de arcabouço para toda e qualquer regra jurídica e, por conseguinte, para as normas tributárias. “Antecedente” e “Consequente” são os nomes atribuídos às variáveis que compõem a norma jurídica – respectivamente, “H” e “C”. A relação de implicação, representada em linguagem formalizada por “→”, chamada de “dever-ser”⁶⁶.

Tomado um fato social como ponto de partida, pode-se afirmar que: dado um determinado fato social “F1”, correspondente a uma situação social prevista na hipótese “H1” da norma “N1”, deve-ser (conectivo lógico de implicação: “→”) o nascimento de uma relação jurídica “R1” entre dois ou mais sujeitos de direito, correspondente a uma consequência jurídica em face do acontecimento da situação prevista pela consequente: “C1”.

Essa fórmula lógica nada mais é do que a realidade do fenômeno normativo. Ela confere a precisa noção de que quando a hipótese (H) se verifica, deve-ser a ocorrência da consequência (C). O “deve ser” é o conectivo interproposicional que une os dois locais sintáticos da norma jurídica: hipótese e consequência. Define a estrutura sintática presente nas normas jurídicas, de forma que toda norma jurídica, qualquer que seja a sua natureza, sempre será composta por um antecedente e por um consequente⁶⁷.

qualquer; e de símbolos que exerçam funções operatórias definidas, fixas, invariáveis. (VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas...** Op. cit., p. 47).

⁶⁶“Se A ocorrer, deve-ser B, ou se A, então deve-ser B. Diverso é o que se passa com as leis da natureza, guiadas pelo princípio da causalidade – se A for, B também será, ou se A, então B. O deve-ser que une a hipótese e a consequência, na arquitetura lógica da norma jurídica, recebe o nome de conectivo deontico ou operador deontico, ou ainda deve-ser interproposicional, porque vem entre a proposição hipótese e a proposição consequente” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário...** Op. cit., p. 375).

⁶⁷“O legislador pode selecionar fatos para sobre eles incidir as hipóteses, pode optar por estes ou aqueles conteúdos sociais e valorativos, mas não pode construir a hipótese sem a estrutura sintática e sem a função que lhe pertence por ser estrutura de uma hipótese. Pode vincular livremente, em função de contextos sociais e de valorações positivas e de valores ideais, quaisquer consequências às hipóteses delineadas. Mas não pode deixar de sujeitar-se às relações meramente formais ou lógicas que determinam a relação-de-implicação entre hipóteses e consequências. Pode combinar uma só hipótese para uma só consequência, ou várias hipóteses, ou uma só hipótese para várias consequências, mas não pode arbitrariamente construir uma outra estrutura além

1.3.2. Norma jurídica: componentes sintáticos (antecedente e conseqüente)

O legislador, quando exerce a atividade de produção de normas jurídicas, deve descrever o conjunto das situações sociais qualificadas por atributos de tempo e espaço que pretende ver juridicizadas (antecedente). Deverá também descrever a relação jurídica que nascerá quando do relato em linguagem competente⁶⁸ da ocorrência daquela situação social (conseqüente).

Sempre que a situação social prevista pelo antecedente de uma norma for relatada em linguagem que o direito julga competente, nascerá para o mundo jurídico uma nova relação jurídica entre dois ou mais sujeitos de direito. Verificado esse relato, dada a implicação lógica – o “dever-ser” –, dá-se, automática e infalivelmente, o nascimento da relação jurídica tributária, como bem anota Paulo de Barros Carvalho, que, ao falar sobre o “dever-ser”, previne sobre sua ação fulminante e inapelável. Segundo o autor:

[...] realizando-se o fato previsto no suposto, instaura-se a consequência, de modo automático e infalível (Becker), mesmo que as pessoas cuja conduta foi regulada propositadamente não a observem, em flagrante desrespeito à ordem jurídica, e sobre elas não atuem as sanções vigorantes.⁶⁹⁻⁷⁰

O conjunto de situações sociais que estão descritas no antecedente da norma só pode contemplar fatos de possível ocorrência no mundo social. A hipótese é uma proposição descritiva que incide na realidade do mundo social, porém não coincide com essa realidade. Já o conseqüente funciona como prescrição de condutas e oferece notas para identificar os

dessas possíveis estruturas. Simbolizando por H e C, tem-se: a) H implica C; b) H', H'' e H''', implica C; c) H', H'' e H''', implica C', C'', C'''; d) H implica C', C'', C'''. Com essas possíveis estruturas formais, o legislador preenche o conteúdo social e valorativo” (VILANOVA, Lourival, **As Estruturas Lógicas...** Op. cit., p. 87).

⁶⁸ A linguagem reconhecida como competente é aquela linguagem que o Direito entende como necessária para fazer surgir o fato jurídico, sempre observados a forma e o produtor da linguagem. Quando se verifica algum evento social, como, por exemplo, o nascimento de uma criança, pode-se transformar esse evento em fato social, tal como quando os pais dessa criança divulgam para os familiares o acontecimento. Não se exige uma forma para o nascimento de um fato social. No entanto, o evento do nascimento dessa criança pode ser transformado em fato jurídico quando os pais dessa criança se dirigem ao cartório de registro civil e procedem ao registro civil da criança, dando-lhe uma certidão de nascimento. Agora, tem-se o fato jurídico que transformará essa criança em sujeito de direitos e obrigações. Nasce para o direito mais um cidadão.

⁶⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário...** Op. cit., p. 375.

⁷⁰ Sobre o assunto, ALFREDO AUGUSTO BECKER anotou que “a incidência da regra jurídica é infalível, o que falha é o respeito aos efeitos jurídicos dela decorrentes. Não existe regra jurídica ‘ordenando’ a incidência das demais regras jurídicas; a regra jurídica incide porque o incidir infalível (automático) é justamente uma especificidade do jurídico como instrumento praticável de ação social” (BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 328).

elementos que compõem a relação jurídica. Com esse raciocínio, percebe-se que os elementos sintáticos da norma têm a característica de selecionar propriedades. O antecedente com a função de descrever quais as circunstâncias do mundo real que, uma vez verificadas (ocorridas), ganharão contornos de juridicidade; e o consequente, com a função de prescrever os efeitos jurídicos que deve desencadear, quando da constituição das relações jurídicas.

O antecedente da norma seleciona algumas propriedades do mundo real, atribuindo-lhes caráter jurídico. A norma incide sobre a realidade no momento em que escolhe situações possíveis do mundo real, e autoriza a incidência sobre eles, a fim de gerar relações jurídicas intersubjetivas, prescritas pelo consequente.

Sobre a hipótese, é importante mencionar que o legislador, ao selecionar as propriedades, deve fazê-lo de maneira tal que se digne a prescrever apenas eventos e situações sociais que estejam no campo do possível. A possibilidade basta. Somente uma conduta possível é capaz de ser jurisdicizada pelo direito, ou seja, pode ser modalizada como permitida, proibida ou obrigada⁷¹.

Sendo assim, a hipótese só pode descrever os fatos que possam ocorrer. Também não há como se pretender regular deonticamente situações impossíveis. Se é impossível que o homem voe sem o auxílio de algum equipamento, é totalmente inócua e vazia de sentido uma norma que pretenda obrigar, proibir ou permitir essa conduta. A norma jamais terá a sua incidência verificada, pois o fato nunca se consumará.

1.3.3. Necessidade de separação dos enunciados prescritivos e das normas jurídicas

Pelo que até aqui foi dito, já é possível extrair uma premissa fundamental neste trabalho, qual seja a diferenciação proposta entre os enunciados prescritivos (texto normativo) e a norma jurídica. De um lado, têm-se aquelas palavras, expressões e frases dotadas de sentido e agrupadas em documentos que o próprio direito reconhece como oficiais (leis, decretos etc.), que têm o condão de prescrever condutas como meio para regulação de relações sociais. E, de outro lado, o sentido que é atribuído a esses enunciados prescritivos por

⁷¹ Como já tratado, toda relação jurídica é caracterizada pelo conteúdo deontico. Ela pode ser modalizada como permissiva, obrigatória ou proibitiva. Não existe uma quarta hipótese.

aqueles que interpretam o direito como resultado próprio do processo de interpretação: identificação de uma norma jurídica, enquanto juízo hipotético-condicional.

O texto normativo e a norma jurídica são coisas diferentes. Aquele serve de matéria-prima à construção desta, dentro de um processo interpretativo sistêmico. Daí por que todo texto normativo, independentemente do respectivo *homem criador* (e.g., Parlamento ou Juiz), deve ser considerado no processo interpretativo. A alteração de sentido, ou seja, a mudança no resultado interpretativo de um determinado enunciado prescritivo, encravado em dispositivos de uma determinada lei, independe da alteração do texto normativo⁷². A alteração do texto normativo, por sua vez, não conduz a uma imediata e infalível alteração do resultado de sua interpretação. E, de igual modo, a preservação do texto normativo não garante a manutenção desse resultado interpretativo. Ou seja: a mudança da lei não implica necessariamente a mudança da norma, e a mudança da norma não decorre unicamente da mudança da lei.

Em matéria tributária, é possível destacar um exemplo para demonstrar a independência entre o texto normativo e a norma jurídica. Trata-se da norma jurídica que cuida do início da contagem do prazo prescricional para a propositura de ação que tenha como pedido o reconhecimento de um indébito tributário, em relação aos tributos sujeitos ao chamado *lançamento por homologação*. O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) dispõe que o sujeito passivo da obrigação tributária *tem direito à restituição total ou parcial do tributo*, nas hipóteses em que houver pagamento indevido ou a maior do que o devido (artigo 165, I)⁷³. Dispõe, ainda, que o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributo indevido ou pago a maior é de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário

⁷² Sobre o tema, Cf., Ricardo Mariz de Oliveira, juntamente com Gustavo Martini de Matos e Fábio Piovesan Bozza. Ao responderem a pergunta “*Há distinção entre a norma e o texto que eventualmente a exprime? Qual?*”, anotaram que: “*Sim. O texto legal é a porta de entrada do processo interpretativo que culmina na criação da norma jurídica para determinado caso concreto. O intérprete inicia a exegese pela compreensão do texto legal e dos fatos, passa pelo processo de interpretação e ponderação dos possíveis entendimentos existentes, com auxílio dos métodos hermenêuticos, e termina com a escolha de determinada solução para o caso concreto, a qual constitui a norma jurídica propriamente dita. Logicamente, todo esse processo é realizado dentro dos sentidos possíveis do texto. A atividade do intérprete, portanto, é constitutiva e não declaratória da norma jurídica, não se limitando à compreensão do texto e dos fatos. Não se interpreta normas jurídicas, mas textos normativos. A norma é a interpretação do texto normativo*” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; MATOS, Gustavo Martini de; e BOZZA, Fábio Piovesan. “*Interpretação e Integração da Lei Tributária*”. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Interpretação e Aplicação da Lei Tributária**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 2010, p. 358)

⁷³ Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido.

(artigo 168, I)⁷⁴. E, finalmente, dispõe que no caso de tributos sujeitos ao *lançamento por homologação*, o crédito tributário será extinto definitivamente após o decurso do prazo de cinco anos, sem que a Administração Tributária tenha se manifestado sobre a *homologação* do lançamento (artigo 150, § 4º)⁷⁵.

Eis o texto normativo. O sentido atribuído pelo Poder Judiciário, durante longos anos, resultava na construção da seguinte norma jurídica: dado o fato de o contribuinte ter pago tributo sujeito ao lançamento por homologação, de forma indevida ou a maior, e (conjunção includente) não tendo a Administração Tributária homologado expressamente (ou não homologado) o lançamento realizado, a contagem do prazo prescricional (dever-ser), de cinco anos, terá início a partir do quinto ano posterior ao pagamento indevido ou a maior do tributo.

Com essa interpretação, o Poder Judiciário consagrou aquela norma que ficou conhecida como “tese dos 5+5”, pois, ocorrendo a hipótese de pagamento indevido ou a maior de tributos sujeito ao lançamento por homologação e não o tendo a Administração Tributária homologado expressamente, o contribuinte detinha, na prática, dez anos, contados do pagamento do tributo, para propor eventual ação de repetição de indébito tributário.

Após a consagração desse sentido, dessa norma jurídica, mediante inúmeras manifestações do Poder Judiciário, a legislação foi alterada pela Lei Complementar nº 118/05. O artigo 3º da referida lei dispôs que:

[...] para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o §1º do art. 150 da referida Lei.

O legislador incluiu um novo texto normativo, na tentativa de alterar a norma jurídica até então consagrada pelo Poder Judiciário, inclusive com efeitos retroativos. Entretanto, mesmo após a referida alteração, a norma jurídica que refletia a chamada “tese dos

⁷⁴ Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados: I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário.

⁷⁵ Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

5 + 5” não foi alterada. O Poder Judiciário, mesmo após a edição da Lei Complementar nº 118/05, pelo menos no que diz respeito aos primeiros julgamentos depois da publicação dessa lei, continuou a interpretar a norma que determina o início da contagem do prazo prescricional para restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação da mesma forma como sempre o fez. O texto foi alterado; a norma jurídica, não.

Os textos normativos, por se apresentarem como linguagem, são signos que representam um dado bruto. Um dado que precisa ser trabalhado pelos intérpretes para, dele, extrair o respectivo significado. Clarice von Oertzen de Araújo anota que as leis, o texto normativo, *“na condição de uma espécie de linguagem técnica, são signos que prescrevem tipos de conduta, exigem dos cidadãos uma prestação consciente em ações que podem revestir a natureza de dar, agir ou omitir uma determinada conduta”*⁷⁶. O texto normativo é, pois, o ponto de partida do processo interpretativo para alcançar a norma jurídica: conteúdo do texto normativo interpretado.

Renato Lopes Becho afirma que *“a norma jurídica significa – e este é apenas um pequeno dado preliminar – o resultado obtido da leitura e reflexão a partir dos textos de lei”*⁷⁷. O citado autor ainda reconhece que a norma jurídica é fruto da intelecção de quem a interpreta, notadamente quando afirma que *“com os olhos o intérprete lê o texto, com sua mente ele faz a interpretação dessa leitura”*⁷⁸.

Sobre a interpretação do texto normativo, partindo da concepção de que são signos linguísticos, Clarice von Oertzen de Araújo arremata que *“a ideia que produzimos em nossa mente em decorrência da compreensão dessa linguagem é denominada norma jurídica”*⁷⁹.

A interpretação dos textos normativos é, pois, construção do sentido da norma jurídica por quem se dispõe a interpretar.

⁷⁶ ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Incidência Jurídica. Teoria e Crítica**. São Paulo: Noeses, 2011. p. 31.

⁷⁷ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119.

⁷⁸ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito (...)**. Op. cit., p. 119.

⁷⁹ ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Incidência Jurídica (...)**. Op. cit., p. 33.

1.4. Da criação à aplicação da norma jurídica

Diante do tema proposto para o estudo, especialmente em relação à necessidade de estudar a formação do *núcleo estável de normas jurídicas* (adiante tratado), é preciso entender a estrutura de criação e aplicação do próprio direito.

Se o direito é o conjunto de normas jurídicas e tais normas jurídicas são, na realidade, construções que resultam dos processos interpretativos promovidos por cada um dos intérpretes, poder-se-ia dizer que as normas jurídicas nascem dessa atividade mental humana de interpretação. Essa é uma forma de enxergar o nascimento do direito, desde que se considere que as normas jurídicas não estão postas, mas são criadas pelos intérpretes. Nesse contexto, ter-se-ia como fonte do direito o próprio processo interpretativo que leva o intérprete à formação do juízo hipotético-condicional.

Não se pode esquecer, entretanto, que o processo de interpretação, com a licença pela redundância, interpreta enunciados prescritivos criados pelos sujeitos que o próprio direito julga competentes. Não é qualquer enunciado que pode dar azo à construção das normas jurídicas, mas, tão somente, aqueles criados por agentes competentes e, acrescente-se, constituídos mediante um procedimento específico também regulado pelo próprio direito.

O conjunto desses enunciados prescritivos é formado por tudo aquilo que é veiculado – incluindo o próprio veículo – pela Constituição Federal, pelas leis, pelos decretos, pelas sentenças, ou seja, por todo texto emitido por agente competente, mediante processo próprio, com a linguagem prescritiva e para a regulação de condutas intersubjetivas.

Ainda que a construção das normas jurídicas dependa do processo interpretativo – e, por se tratar de linguagem, sempre dependerá –, elas já estão postas por esse conjunto dos enunciados prescritivos, como acima definido.

O intérprete parte da leitura e assimilação dos enunciados prescritivos para a construção das normas jurídicas. Dentro da infinidade de proposições e das inúmeras possibilidades de normas que esses enunciados sugerem, cada intérprete identifica aquelas

normas que entende sejam adequadas de acordo com o seu sistema pessoal de referência (valores, experiência de vida, competência, conhecimento etc.)⁸⁰.

Luís Roberto Barroso, nessa linha de raciocínio, anota que:

O papel do intérprete não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente – irá influenciar o modo como apreenda realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões.⁸¹

Aqui já é possível – e necessário – fazer uma afirmação, seguindo a doutrina de Eros Grau: as normas jurídicas já estão inseridas nos textos normativos, em estado de latência, na dependência da instauração de processos interpretativos para serem reconhecidas e/ou aplicadas. Segundo o citado autor, “*o intérprete não é o criador ex nihilo. Produz a norma, não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no de reproduzi-la*”. Em seus escritos, completa:

O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) praticamente preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado normativo. (...) A norma encontra-se (parcialmente) em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição). O intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro, no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete produz a norma⁸².

Por isso, afirma-se que as normas jurídicas não nascem do processo interpretativo. A partir dele, o intérprete as reconhece, assimila e aplica, neste último caso, quando for autorizado para tanto⁸³. Luís Roberto Barroso anota que “*a interpretação é a atividade prática*

⁸⁰ Importante a ressalva feita por Eros Grau. Tratando o autor da interpretação promovida pelo juiz – neste trabalho, entende-se sejam tais considerações aplicadas a todos os tipos de interpretação –, afirma que a decisão judicial considera e é determinada “*pelas convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem política. De mais a mais, o juiz, em verdade, considera o direito todo, e não apenas determinado texto normativo*”. Conclui, ainda, afirmando que a decisão judicial, enquanto resultado interpretativo, implica, invariavelmente, emoção, “*visto que o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social do seu tempo*” (GRAU, EROS ROBERTO. **Por Que Tenho Medo (...)**. Op. cit., p. 72/73).

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 333

⁸² GRAU, EROS ROBERTO. **Por Que Tenho Medo (...)**. Op. cit., p. 44/45.

⁸³ Em sentido contrário, Becker entende que os juízes nada criam e, sequer, aplicam a lei. Para ele, o processo que estamos a chamar de aplicação é mero procedimento técnico de subsunção de fatos às normas. Trata-se de uma operação comum para identificação da adequação da hipótese de incidência de uma norma e as situações concretizadas ocorrida no mundo das relações intersubjetivas. (Cf., BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário (...)** Op. Cit., p. 67). Esse procedimento de adequação, entretanto, é o que faz merecer a

de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma”⁸⁴. Estando as normas jurídicas contidas nos próprios enunciados prescritivos, ou seja, nos textos normativos, é certo que o nascimento das normas jurídicas decorre de fatos anteriores à criação desses próprios textos normativos.

Sempre que se fala em nascimento das normas jurídicas, impõe-se o estudo das fontes do direito. Ao falar em fontes do direito, quer-se referir àquilo que faz brotar as mais diversas proposições normativas que carregam intrinsecamente as normas jurídicas. Falar em fontes do direito, pois, significa referir-se ao início da produção normativa.

Descobrir a fonte do direito é identificar de onde o direito nasce. E, como já dito, embora as normas jurídicas sejam construídas a partir do processo interpretativo, elas já existem – aliás, a existência prévia das normas jurídicas é pressuposto do processo interpretativo para reconhecê-las e/ou aplicá-las. A situação que corresponde ao nascimento dessas proposições prescritivas, que carregam as normas jurídicas em estado de latência, é determinada pelo próprio sistema do direito e realizada pelos agentes que compõem o sistema jurídico na qualidade de entes competentes para criação do próprio direito⁸⁵. Desse modo, o conceito de fonte está atrelado ao conceito de validade – relação de pertinência⁸⁶ entre a norma (carregada pelos enunciados prescritivos) e o sistema jurídico⁸⁷.

Nessa linha de raciocínio, a relação de pertinencialidade entre a norma em estado de latência (os enunciados prescritivos) e o sistema jurídico é instaurada na medida em que o processo de criação dessa norma tenha observado os mínimos requisitos procedimentais prescritos pelo próprio sistema jurídico. Esses mínimos requisitos procedimentais se resumem

ênfase no processo de interpretação. Ao perquirir essa “adequação” o sujeito passa, *infallivelmente* (para usar um termo adotado pelo citado autor), por um processo de interpretação dos textos normativos existentes, criando em seu juízo o campo de incidência da norma. Daí, cabendo o fato analisado (também interpretado) nessa moldura, poderá haver, a incidência da norma aos fatos. Diz-se “poderá”, porque se não houver um ato de aplicação, nada incidirá.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.

⁸⁵ Lourival Vilanova, estudando os ensinamentos de Hans Kelsen, expõe que “quando Kelsen observa que o sistema jurídico tem a particularidade de regular a sua própria criação, podemos traduzi-lo em termos de sintaxe: o sistema de proposições normativas contém, como parte integrante de si mesmo, as regras (proposições) de formação e de transformação de suas proposições” (VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas**. Op. cit., p. 154).

⁸⁶ A relação de pertinencialidade é fixada entre um elemento e um conjunto. A existência de uma relação de pertinencialidade permite que determinado elemento seja inserido em um dado conjunto. A ausência desse liame relacional impede a existência do referido elemento naquele conjunto.

⁸⁷ Ao tratar do assunto, Tárek Moysés Moussallem anota que o “conceito de ‘fontes’ a ser estudado encontra-se intrinsecamente ligado ao conceito de direito outrora estipulado como sendo o conjunto de normas jurídicas válidas em um dado tempo e espaço” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 106).

ao agente competente e ao processo legislativo – os atos que criam novos enunciados prescritivos são sempre autorizados por outros enunciados prescritivos que foram, antes de serem aplicados, interpretados pelo respectivo agente criador desses novos enunciados⁸⁸. É necessário que um agente, cuja competência para a criação de normas lhe foi atribuída por normas previamente existentes no próprio sistema jurídico, se valha de um procedimento legislativo, também determinado por normas já existentes neste mesmo sistema, para a criação de uma norma jurídica.

Percebe-se, pois, que todo o processo de criação de normas jurídicas em estado de latência passa – e assim deve ser – rigorosamente pelo atendimento das relações intrassistêmicas do próprio subsistema do direito, o que deve acontecer de forma alheia às influências dos demais subsistemas que, quando muito, influenciam as tomadas de decisão do agente competente para a criação do direito.

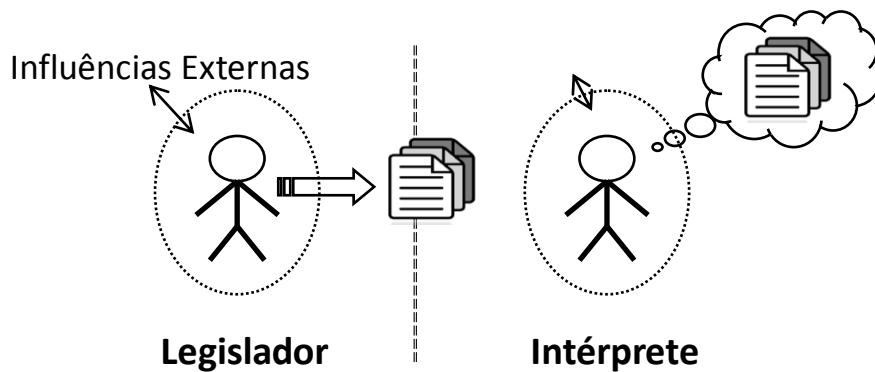
Assim, os enunciados prescritivos válidos, aqueles que carregam, em sua essência, as normas jurídicas em estado de latência, são os produzidos por alguém que se reveste na qualidade de agente de competência legislativa (*lato sensu*⁸⁹) e seguindo um processo próprio e determinado pelo sistema jurídico.

A fonte de criação das normas jurídicas, pois, está no conjunto dos atos legislativos, ou seja, nos atos produzidos por aqueles agentes competentes (legisladores, em sentido lato) para a criação de normas jurídicas segundo um procedimento próprio. E, uma vez criadas e postas no ordenamento jurídico, as normas jurídicas passam a ser reconhecidas e/ou aplicadas mediante um processo interpretativo para a construção do sistema jurídico de cada intérprete.

Graficamente, o processo de criação das proposições normativas e o respectivo processo de interpretação para identificação e construção das normas jurídicas podem assim ser representados:

⁸⁸ Nesse sentido, cf., “*a norma confere a determinada autoridade a competência para criar uma outra norma. É o caráter dinâmico do sistema jurídico. Os atos que criam normas são previstos em outras normas. Para que os atos de uma autoridade normativa possam criar normas é preciso que exista uma norma que faculte. O direito e desenvolve mediante uma rede tecida por normas. Cada norma jurídica autoriza, por meio de atos, a criação de outra norma. Por isso não se pode afirmar que o sistema normativo funcione só, independentemente de atos de pessoas competentes para produzi-los. Dessa forma o próprio direito alberga, dentro de si mesmo as regras de formação e de transformação da sua linguagem prescritiva*”. (IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: Produção e Controle**. São Paulo: Noeses, 2006, p. XXVII-XXVIII, da Introdução)

⁸⁹ Quando se refere à competência legislativa e/ou aos legisladores, neste caso, quer-se referir a todos aqueles agentes a que o próprio ordenamento jurídico atribui competência para a criação de normas jurídicas, sejam elas gerais, individuais, abstratas e/ou concretas.



É o legislador (*lato sensu*) quem cria enunciados prescritivos e, em última análise, é quem cria as normas que são, após o processo interpretativo, identificadas pelos intérpretes. Não se pode esquecer que o intérprete parte do conhecimento dos enunciados prescritivos – aquelas marcas de tinta nos papéis com sentido e linguagem prescritiva –, para construir o juízo hipotético-condicional que representa a norma jurídica por ele reconhecida.

Ao criar os enunciados prescritivos, que se unirão aos demais já existentes, a fim de ampliar ou restringir o número de possibilidades de construção de normas jurídicas, o legislador (*lato sensu*) é influenciado pelas mais diversas condições externas, típicas do ambiente do sistema social, especialmente dos subsistemas político, econômico, moral e ético, religioso e, até mesmo, do próprio direito.

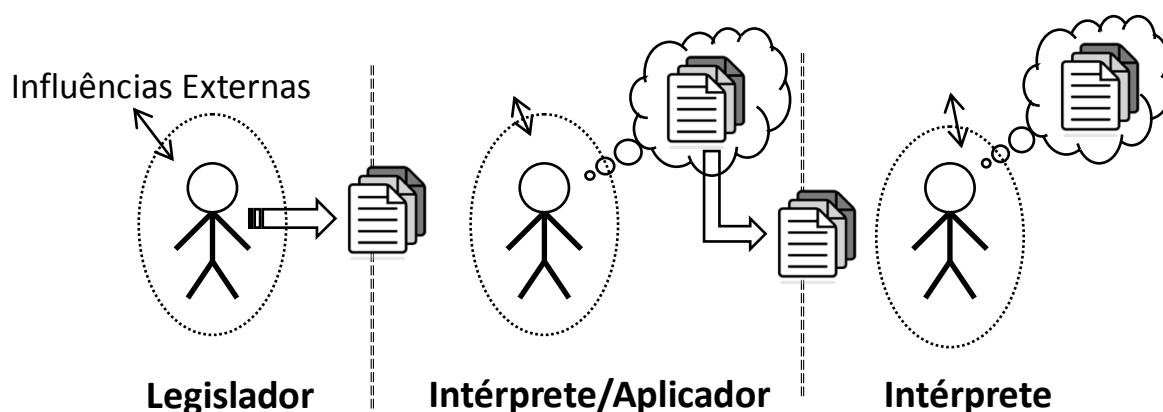
É ele (legislador, *lato sensu*) quem se convence, não importando o nível e/ou a natureza das influências externas, da necessidade de edição de novos enunciados prescritivos para a alteração do ordenamento jurídico – neste caso, para a alteração do campo de possibilidade de construção de normas jurídicas. E o faz (cria os enunciados) por palavras e frases com sentido e linguagem prescritiva que ingressam no ordenamento jurídico pela publicação – ato tomado pelo ordenamento como último necessário para o ingresso dos enunciados prescritivos no campo de possibilidades para a construção de normas jurídicas –, construção que será feita mediante o exercício dos processos interpretativos que as reconhece como tais.

A fonte do direito está, pois, no processo de criação desses enunciados prescritivos. São os atos praticados pelo legislador (sempre, em sentido lato), independentemente das influências externas, que dão origem às proposições prescritivas que farão parte do campo de

possibilidades para a construção de normas jurídicas – o que é materializado pelo próprio texto da lei (sentido lato).

O intérprete, embora também tenha um papel fundamental na identificação e aplicação da norma jurídica, não cria o direito. O processo legislativo em sentido lato é a fonte do direito; o processo interpretativo só poderá ser considerado como fonte do direito (no sentido de lugar de criação) quando promovido pelos intérpretes que têm a prerrogativa de aplicar a norma jurídica reconhecida a um determinado caso concreto, oportunidade em que tais intérpretes criarão novas proposições normativas que carregarão normas jurídicas concretas⁹⁰. O processo interpretativo promovido por aqueles que não têm a competência para criar ou aplicar o direito, apenas e tão somente, identifica as normas jurídicas.

Os intérpretes, a quem também compete a aplicação das normas jurídicas identificadas pelos respectivos processos interpretativos, também são legisladores em sentido lato, ou seja, têm competência para a criação de novos enunciados prescritivos. Ao mesmo tempo que reconhecem as normas jurídicas, eles as aplicam, criando novos enunciados prescritivos, desta feita carregando normas jurídicas concretas que ingressarão no mesmo campo de possibilidades para a construção de normas jurídicas. Incluindo graficamente a interpretação típica do aplicador no modelo acima apresentado, tem-se a seguinte representação:



⁹⁰ Esses, por exemplo, são os chamados intérpretes autênticos. Existe agentes competentes para criação de enunciados prescritivos e, igualmente, para aplicação do direito, em cada um dos três poderes. Todos s agentes competentes, considerando ser o direito dinâmico, podem cria-lo (novos enunciados prescritivos), interpretá-lo (os enunciados prescritivos existentes) e aplica-lo, mediante a criação de um instrumento para carregar os novos enunciados criados (lei, decreto, sentença, instrução normativa etc.). Nesse sentido, Gabriel Ivo escreveu: “A característica de o direito regular a sua própria criação faz dele um sistema dinâmico. Mais, estabelece uma relatividade entre aplicação e criação do direito. Se as normas jurídicas somente podem ser criadas conforme outras normas, a criação do direito é, simultaneamente, aplicação do direito, pelo que os atos criadores do direito são, também, atos aplicadores do direito”. (IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: Produção e Controle** (...) Op. cit., p. XXVII, da Introdução)

É de se reparar que o aplicador, antes da aplicação do direito – da criação dos novos enunciados prescritivos que ingressarão no universo de possibilidades de normas jurídicas –, reconhece as normas jurídicas a serem aplicadas, também através de processos interpretativos e, uma vez alcançado o resultado da interpretação, cria novos enunciados prescritivos que também farão parte de novos processos interpretativos exercitados por todos aqueles que se dispuserem a interpretá-los.

O processo de criação do direito – que tem início naquele conjunto de atos legislativos (e interpretativos, quando pelos aplicadores do direito) e resulta na formação de juízos hipotético-condicionais, mediante os processos interpretativos desencadeados sucessivamente – está intimamente ligado à linguagem.

O homem, o sujeito do conhecimento, está sempre processando informações captadas através de mensagens passadas por meio de linguagem. Há sempre a decodificação de mensagem e a produção, ao menos no intelecto, de novas mensagens – que serão novamente codificadas quando forem explicitadas.

A atividade de interpretação, como dito por Renato Lopes Becho, “*vale para todas as searas do conhecimento*”⁹¹ e pode ser vista “*quando o homem traduz, descobre ou identifica as normas jurídicas*”⁹². O intérprete está sempre decodificando a mensagem passada pelo legislador. Faz isso quando assimila a norma jurídica, ao criar o juízo hipotético-condicional em sua mente. Já o intérprete aplicador, além do processo para decodificar a mensagem passada pelo legislador (quando reconhece a norma jurídica), também precisa codificar nova mensagem ao aplicar o direito. O ato de aplicação de uma norma jurídica reconhecida é o “*momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato*”⁹³.

Esses processos são renováveis, contínuos e intermináveis. Enquanto o homem existir, eles não cessarão e sempre se aperfeiçoarão. Não se pode esquecer que o direito é objeto cultural e, como tal, é dinâmico – muda conforme a evolução social.

⁹¹ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito (...)**. Op. cit., p. 118.

⁹² BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito (...)**. Op. cit., p. 118.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Op. cit., p. 107.

1.4.1. **A moldura interpretativa, um esforço para o estabelecimento de critérios e identificação dos limites mínimos dessa moldura**

A interpretação normativa é uma operação mental, indispensável, que tem início a partir do contato com os enunciados prescritivos, passa por um processo cognitivo e resulta na identificação de uma norma jurídica e na consequente aplicação dessa norma a um dado fato da realidade social.

O ato de aplicação decorre, sempre, de um processo interpretativo – interpretativo, repita-se, de enunciados prescritivos, de marcas de tinta sobre o papel, materializadoras de mensagens prescritivas e dotadas de sentido⁹⁴. Aliás, é sempre “*necessária a interpretação das leis (sentido lato), não só as obscuras e equívocas, eis que só o fato de aplicá-las faz supor uma interpretação*”⁹⁵. Segue-se, daí, que embora a clareza do texto possa *enfraquecer* a atividade do intérprete, mas jamais a eliminará, eis que ela sempre é, e sempre será, necessária⁹⁶.

A norma, como foi dito, não está pronta e acabada. Ela é construída a partir das “diretrizes” que podem ser encontradas nesses enunciados prescritivos⁹⁷. Mas quais “diretrizes” são essas? Hans Kelsen fala numa *moldura interpretativa*, uma espécie de campo fechado e limitado, dentro do qual é possível encontrar algumas possibilidades de interpretação – prefere-se ler que, dentro desse campo, encontram-se alguns sentidos possíveis para a identificação de normas jurídicas. Nas palavras do referido autor, “*o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades*

⁹⁴ Lembra-se: “*a tarefa do intérprete é, exatamente, nos limites do ordenamento e dos princípios que os informam, construir o sentido da norma jurídica e, sendo o caso, aplicá-la ao caso concreto*” (PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas Consequências no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011/2012, p. 99)

⁹⁵ SALLES, Ivanhoe Nóbrega de. “*A Tecnologia na Interpretação e Aplicação das Leis Fiscais*”. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito Tributário**. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1969, p. 210 (texto entre parênteses aditado).

⁹⁶ Cf., TORRES, Ricardo Lobo. “*Interpretação e Integração da Lei Tributária*”. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Interpretação e Aplicação da Lei Tributária**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 2010, p. 334.

⁹⁷ Também Hugo de Brito Machado, em estudo sobre a interpretação e aplicação da lei tributária, pontua que “*a palavra norma designa o gênero no qual estão as regras e os princípios jurídicos. A palavra texto designa um conjunto de palavras destinado a comunicar alguma ideia, pertinente ou não ao Direito. A norma tem no texto a sua forma de expressão, mas norma e texto não se confundem. A rigor, a norma e o texto são realidades diversas*” (MACHADO, Hugo de Brito. “*Interpretação e Aplicação da Lei Tributária*”. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Interpretação e Aplicação da Lei Tributária**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 2010, p. 128).

*de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível*⁹⁸.

A interpretação de um mesmo conjunto de enunciados prescritivos não leva, necessariamente, a um único resultado interpretativo, mas somente um desses resultados possíveis será aplicado “no ato do órgão aplicador do direito – no ato do Tribunal, especialmente”⁹⁹.

Dentro dessas possibilidades, o intérprete escolhe aquela que melhor se amolde, segundo seu próprio juízo de valor, à solução do caso concreto posto em análise. Há, sempre, um ato de vontade e de escolha do intérprete¹⁰⁰. Como afirma Hans Kelsen:

[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através da mesma interpretação cognoscitiva.¹⁰¹

A delimitação dessa moldura interpretativa é, talvez, onde reside o maior foco dos debates jurídicos acerca da norma jurídica que deve ser construída¹⁰². A linguagem como um todo, assim como a linguagem jurídica, é repleta de termos vagos e ambíguos, o que, aliado à evolução natural de uma sociedade, é foco de debates acerca da definição dos respectivos conceitos e significados. Concorda-se que não há conceitos prontos e imutáveis¹⁰³. Eles são dotados de uma fluidez própria e que varia de acordo com cada sociedade, *e.g.*, seu respectivo momento histórico, cultural etc.

⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito Teoria Pura do Direito** (...) Op. cit., p. 390.

⁹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito Teoria Pura do Direito** (...) Op. cit., p. 391.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Gabriel Ivo destaca que o “o processo de criação de normas inclui o de eliminação de norma. Criá-las e eliminá-las são duas facetas da mesma moeda (...)” (IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: Produção e Controle** (...) Op. cit., p. XXVII, da Introdução)

¹⁰¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito Teoria Pura do Direito** (...) Op. cit., p. 394.

¹⁰² Alerta Hugo de Brito Machado que “a delimitação dos conceitos constitui um problema, talvez o maior problema a ser enfrentado na interpretação das normas jurídicas. E podemos afirmar, sem nenhum exagero, que a maioria das divergências doutrinárias em torno de teses jurídicas não está nas teses propriamente, mas em alguns conceitos utilizados na elaboração delas” (MACHADO, Hugo de Brito. **Interpretação e Aplicação da Lei Tributária** (...) Op. cit., p. 127).

¹⁰³ Sobre o assunto, Riccardo Guastini anota que não há correspondência *bi-unívoca* entre disposições (textos legais) e normas. Explica o citado autor: “Em primeiro lugar, toda disposição é (mais ou menos) vaga e ambígua, de tal modo que tolera diversas e conflitantes atribuições de significado; (...) em segundo lugar, mesmo pondo à parte as controvérsias e dúvidas interpretativas, muitas disposições – talvez todas as disposições – têm um conteúdo de significado complexo: exprimem não apenas uma única norma, mas sim uma multiplicidade de normas associadas; (...) em terceiro lugar, pode acontecer (embora raramente) que duas disposições sejam perfeitamente sinônimas, que uma seja mera reiteração da outra (...) como também pode acontecer (e isto é mais frequente) que duas disposições sejam não perfeitamente, mas – por assim dizer – parcialmente sinônimas, no sentido de exprimirem dois conjuntos de normas que se sobrepõem em parte” (GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. (...) Op. cit., p. 34-36)

Nesse contexto, intenta-se a busca dos limites dessa moldura. O resultado interpretativo que dessa moldura estiver fora não pode ser reconhecido como resultado de um processo interpretativo normativo. Embora a norma jurídica e enunciados prescritivos (texto de lei) não se confundam, é certo que aquela decorre destes, existindo, pois, uma vinculação natural, minimamente aceitável.

Trazendo a doutrina de Riccardo Guastini, é importante pontuar que “produzir norma” no sentido de interpretar é diferente de “produzir norma no sentido de legislar”. Sobre as diferenças entre o ato de produção do enunciado prescritivo pelo legislador e o ato de aplicação do direito pelo intérprete, que aqui se chamou de autêntico, o citado autor afirma que:

[...] talvez não haja uma diferença nítida, mas decerto há uma diferença de grau. Ambas as coisas comportam certo grau de discricionariedade política (ato de escolha, decisão), é verdade. Mas, para sermos exatos, trata-se de dois graus distintos de discricionariedade. O legislador não está vinculado por textos preexistentes, o juiz sim.¹⁰⁴

E conclui: “*é, de fato, impossível para o juiz atribuir a um texto – literalmente – ‘qualquer’ significado a seu gosto*”¹⁰⁵.

Ao falar na discricionariedade do intérprete autêntico, assim como alertou o citado autor, é preciso ter em mente que não há uma liberdade ilimitada, mas, sobretudo, deve estar fundamentada no ordenamento jurídico existente.

Note-se, a “*construção de uma norma deve acontecer dentro do sentido possível do texto legal, em harmonia com os princípios e demais regras que compõem o sistema jurídico e com respeito à finalidade perseguida pelo legislador na tutela do bem da vida*”¹⁰⁶.

O estabelecimento de critérios para a identificação de uma *moldura interpretativa* é essencial à interpretação normativa e, conseqüentemente, à aplicação das normas jurídicas encontradas nos enunciados prescritivos; é nessa moldura que se acha o trabalho do intérprete, do intérprete autêntico especialmente. A atuação desse intérprete fora dessa *moldura interpretativa* faz dele um “produtor de norma” no sentido atribuído ao legislador¹⁰⁷. O

¹⁰⁴ GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. (...). Op. cit., p. 221/222.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 222.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; MATOS, Gustavo Martini de; e BOZZA, Fábio Piovesan. “*Interpretação e Integração da Lei Tributária*” (...). Op. cit., p. 361.

¹⁰⁷ “*Quando o juiz aplica uma norma não pré-constituída, fundando nesta a própria decisão, ele integra o direito e se comporta como legislador*” (GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. (...). Op. cit., p. 226), o que vai de encontro com o princípio constitucional da separação dos poderes.

intérprete, nessa situação, não encontrará uma norma jurídica a partir do texto normativo, mas criará uma norma jurídica nova que está fora dos textos normativos. Inovará no ordenamento, conduta que deve ser rechaçada¹⁰⁸. Nesse caso, o intérprete autêntico criará uma norma jurídica individual e concreta, sem aplicar nenhuma norma geral devidamente extraída dos textos normativos¹⁰⁹. Ora, ainda que o todo texto normativo admita uma pluralidade de interpretações – forme uma moldura com variadas possibilidades –, “*nenhum texto admite ‘qualquer’ interpretação*”¹¹⁰.

A escolha feita pelo intérprete autêntico em relação aos significados possíveis do texto normativo não deixa de ser pessoal. Há uma discricionariedade por parte do intérprete e aplicador, e essa escolha é sempre um ato seu de vontade, mas, como dito nos parágrafos anteriores, essa discricionariedade está limitada ao texto normativo. A norma interpretada deve ser um espelho do texto normativo, levando em conta aquela multiplicidade de possibilidades dentro da moldura interpretativa.

Esses limites estão, antes de tudo, no significado semântico das palavras. Este é o primeiro passo para a redução das possibilidades normativas. Entretanto, vale mencionar que sendo o ato de escolha um ato de vontade de quem interpreta o texto normativo e escolhe uma dentre as possibilidades existentes, fora de um contexto, está fortemente submetido aos valores daquele que interpreta o texto normativo. Toda interpretação, sabe-se, recebe grande influência dos valores do intérprete. Mas quando do texto é lido isolado e literalmente, essa influência é muito mais forte e pode descontextualizar a interpretação que deveria ser dada àquela leitura. Haveria maior facilidade de distanciamento dos limites da respectiva da moldura interpretativa.

A interpretação, embora tenha como ponto de partida a atribuição de significados semânticos às palavras, dentro de um contexto *e.g.*, histórico e cultural, deve também, e principalmente, levar em conta o contexto normativo no qual os enunciados interpretados estão inseridos.

¹⁰⁸ “A norma sobre interpretação é totalmente ineficaz, se não coincide com a estrutura, o sentido e o conteúdo da norma interpretada” (TORRES, Ricardo Lobo. “Interpretação e Integração da Lei Tributária” (...) Op. cit., p. 337)

¹⁰⁹ “Podemos dizer que os juízes criam o direito: (a) quando pronunciam uma decisão imotivada, arbitrária (...) e, nesse caso – “raríssimo e desprezível – eles criam uma norma individual, sem aplicar nenhuma norma geral” (GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. (...). Op. cit., p. 224).

¹¹⁰ Ibidem, p. 223.

Em cada etapa interpretativa (atribuição de sentido semântico às palavras, contextualização história e cultural do texto e contextualização diante do ordenamento jurídico), as possibilidades de escolha vão se reduzindo – embora nunca ou raramente venham a representar um conjunto unitário – pela delimitação cada vez mais objetiva da moldura interpretativa.

Vale dizer, quanto mais longe do sentido literal e gramatical do texto ou quanto mais desconexo for o resultado interpretativo (em relação ao texto interpretado), maior será a possibilidade de ultrapassagem dos limites da citada moldura, sendo também maior o ônus argumentativo do intérprete.

Tathiane Piscitelli, partindo de uma *teoria da argumentação* para estudar as razões que têm levado o Poder Judiciário a escolher normas jurídicas, durante o processo interpretativo para aplicação do direito, que estão bem próximas (ou até sobre) aos limites dessa *moldura interpretativa*, destaca que, como ônus argumentativo, não basta “*a indicação das fontes legislativas para a satisfação dos problemas jurídicos que se apresentam*”. Ainda em suas palavras:

[...] é evidente que ocorrerá uma valoração dos termos da regra e, internamente a essa atividade (de interpretação) está a de justificação, já que não basta aos juízes que indiquem a solução adequada ao caso. Eles devem enunciar as razões pelas quais entendem que esta é a decisão mais acertada.¹¹¹

Assim como é complexa a atividade do intérprete diante dos variados resultados interpretativos possíveis, também é complexa e bastante árdua a tarefa de estabelecer critérios objetivos para a identificação dos limites mínimos dessa *moldura interpretativa*.

Mencionam-se quatro parâmetros que funcionam, no mínimo, como redutores de complexidades para identificação dos limites dessa *moldura interpretativa*, são eles: (i) o significado semântico das palavras e gramatical do texto interpretado, segundo as regras da língua que o veicula; (ii) a contextualização histórica, política e cultural dos significados encontrados, fazendo um paralelo entre o momento da criação do texto normativo interpretado e o momento propriamente da sua interpretação (e aplicação); (iii) a contextualização normativa, considerando os demais enunciados prescritivos já postos no ordenamento, inclusive e especialmente, aqueles criados pelos próprios intérpretes autênticos em outras

¹¹¹ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas Consequências** (...). Op. cit., p. 101.

oportunidades (jurisprudência); e (iv) a busca pela *efetividade da Constituição*, das regras e princípios constitucionais (e.g., a regra da irretroatividade e o princípio da segurança jurídica).

1.5. Proposta de classificação: três espécies de normas jurídicas

Nos tópicos anteriores, este trabalho tentou estabelecer um núcleo conceptual daquilo que se deve entender por norma jurídica. Foi dito que o direito, formado pelo conjunto das normas jurídicas que prescrevem as condutas que devem ser seguidas pela sociedade, deve ser entendido como um subsistema do sistema social.

Em resumo, foi visto que a regulação das condutas humanas, mediante a atribuição de valores que devem ser observados pelos jurisdicionados, é o principal objetivo das normas jurídicas e, em última análise, do próprio direito. Porém, ainda não foi possível saber qual o sentido dado aos textos normativos que deve ser tomado pela sociedade como aquele que representa as condutas que a própria sociedade entende como desejadas. Se todos, com o conhecimento da língua e o mínimo de senso cognitivo¹¹², podem extrair dos textos normativos resultados que refletem possíveis normas jurídicas, é preciso estabelecer parâmetros para identificar, entre todas as possibilidades interpretativas, qual o sentido que deve ser atribuído e considerado como correto aos textos normativos. Essa perquirição é essencial para saber o que, afinal, é aquilo que o direito permite, proíbe ou obriga¹¹³. Em outras palavras, é preciso saber qual conduta – que está no consequente da norma jurídica construída – deve ser adotada pelos indivíduos, de maneira que se possa ter a certeza de que se está agindo conforme aquilo que o direito quer.

¹¹² Interpretar significa desvendar um sentido coerente daquilo que se interpreta, neste caso, do texto normativo, com a finalidade de compreendê-lo. Gregório Robles destaca que “*toda realidade, mas especialmente a realidade humana e social, é passível de interpretação*”. Ainda segundo o autor, só se conhece algo dessa realidade depois da interpretação que, em suas palavras, “*consiste na aplicação de nossas faculdades cognitivas na captação do sentido de uma realidade, com o objetivo de compreendê-la. Interpretação, sentido e compreensão são coisas que estão, portanto, indissolivelmente unidas*”. (ROBLES, Gregorio. **Direito Como Texto** (...). Op. cit., p. 50). É essencial, pois, que o sujeito interpretante conheça a linha na qual está exprimida o objeto a ser interpretado e, igualmente, tenha o mínimo de senso cognitivo. Só assim será capaz de compreender o sentido da coisa interpretada.

¹¹³ Renato Lopes Becho, reforçando a premissa de que texto normativo e norma jurídica são coisas distintas, embora relacionadas, aduz que “*o texto legal é o registro escrito da lei, que pode ser apreendido pela leitura. Para captá-lo, é suficiente que a pessoa seja alfabetizada, e que consiga lê-lo e entendê-lo. A norma jurídica é a identificação da ordem (obrigatória, proibida ou permitida)*” (BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito** (...). Op. cit., p. 119).

Essas questões surgem em face do amplo rol de possibilidades que se abrem quando cada intérprete – em sua individualidade própria, *e.g.*, no que diz respeito aos valores, à experiência de vida, ao conhecimento leigo e científico e, especialmente, em relação às influências dos demais subsistemas sociais – tem a prerrogativa de construir sua própria norma jurídica que, se colocada numa tábua de qualificação, pode ser construída, numa ponta, com imprecisões e imperfeições típicas de uma interpretação leiga, ou, noutra ponta, com um rigor científico típico daquele que estuda com precisão o direito e as relações sociais.

Todos os intérpretes, ainda que em circunstâncias individuais semelhantes, podem construir diferentes normas, partindo de um mesmo estrato de linguagem. E, da mesma forma, pode haver coincidência em relação ao resultado dessa construção. Não há norma certa ou norma errada. O que deve haver, porém, é a coerência dentro do sistema do direito que, em última análise, acaba sendo definido pelo próprio intérprete. É preciso, porém, fazer um alerta: as palavras – signos linguísticos a serem desvendados –, embora contenham graus menores ou maiores de vagueza, possuem um núcleo de significação semântico mínimo que não pode ser descartado.

Essa prerrogativa que permite a cada intérprete a construção da sua própria norma jurídica e do seu próprio sistema jurídico, porém, não lhe dá a certeza de que, agindo conforme sua construção, ele estará a agir segundo a vontade pretendida pelo Estado de Direito¹¹⁴. Isso porque a norma jurídica desse intérprete pode não corresponder, em conteúdo, à mesma norma jurídica que *está na mente do Estado*, por mais preciso e rigoroso que haja sido o processo de interpretação realizado por aquele intérprete.

Nesse ponto, volta-se à questão sobre quais as condutas desejadas pelo Estado, quais os conteúdos das normas jurídicas e quem pode dizer o que as normas jurídicas representam. Pode-se dizer, assim, numa proposta de classificação que seja útil ao presente trabalho, que existem três classes de normas jurídicas, entendidas como o juízo hipotético-condicional, individualizadas segundo a qualificação daquele que, a partir de processos interpretativos dos textos escritos, as constrói. São elas: (i) a norma jurídica social; (ii) a norma jurídica

¹¹⁴ Renato Lopes Becho alerta que a identificação da norma jurídica – aqui, quer parecer que o citado autor faz uma referência à norma jurídica que deve representar o sentido mais correto dos textos normativos, ante o conjunto desses textos, numa clara interpretação sistêmica do direito – “*só é alcançada por um intérprete, que tem nos conhecimentos da língua apenas o início de seu labor. Não basta que ele consiga ler o texto para chegar ao comando, porque existe uma série de técnicas e de verificações que são necessárias para se atingir a determinação do ordenamento jurídico. O intérprete terá de compreender todo o sistema jurídico para chegar à norma jurídica*” (BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito** (...). Op. cit., p. 119).

científica; e (iii) a norma jurídica pura.

1.5.1. Ato de classificar

O ato de classificar é intrínseco à natureza humana e consiste em separar um conjunto de objetos para agrupá-los em diferentes classes¹¹⁵ previamente determinadas segundo critérios, também, estabelecidos pelo sujeito classificador em momento anterior¹¹⁶. Esses critérios são de suma importância para identificar os objetos a serem inseridos em cada uma dessas classes. Classificar é, pois, distribuir em classes¹¹⁷.

O ser humano, por sua própria natureza, sente a necessidade de classificar tudo que está em sua volta. Esta característica se apresenta como um elemento fundamental para a vida em sociedade e pode ser observada nos mais singelos fatos sociais. Ricardo A. Guibourg, Alejandro M. Ghigliani e Ricardo V. Guarinoni em seus estudos sobre lógica jurídica afirmaram que *“agrupamos os objetos individuais em conjuntos ou classes e estabelecemos que um objeto pertencerá a uma classe determinada quando reúna tais e quais condições”*¹¹⁸.

A condição cognoscente dos sujeitos de uma dada sociedade, materializada pela busca incessante da descoberta e pelo aprofundamento do conhecimento, obriga o ser humano a classificar tudo aquilo que pretende conhecer. Devem, os critérios diferenciadores das classes, ser aptos a satisfazer o objetivo de cada sujeito cognoscente, ainda que para outros

¹¹⁵ *“La agrupación de los objetos en clases – llamada clasificación – es un acto intelectual que en la mayoría de los casos cumplimos inadvertidamente, pues, como ya vimos, nos es inculcado junto con el lenguaje”* (GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; e GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al Conocimiento científico**. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1985, p. 39).

¹¹⁶ Segundo Paulo de Barros Carvalho, *“classificar é distribuir em classes, é dividir os termos segundo a ordem da extensão ou, para dizer de modo mais preciso, é separar os objetos em classes de acordo com as semelhanças que entre eles existam, mantendo-os em posições fixas e exatamente determinadas em relação às demais classes”* (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem...** Op. cit., p. 117-118).

¹¹⁷ Paulo de Barros Carvalho ensina que *“os diversos grupos de uma classificação recebem o nome de espécies e de gêneros, sendo que espécies designam os grupos contidos em um grupo mais extenso, enquanto gênero é o grupo mais extenso que contém as espécies. A presença de atributos ou caracteres que distinguem determinada espécie de todas as demais espécies do mesmo gênero denomina-se ‘diferença’, ao passo que ‘diferença específica’ é o nome que se dá ao conjunto das qualidades que se acrescentam ao gênero para determinação da espécie, de tal modo que é lícito enunciar: ‘a espécie é igual ao gênero mais a diferença específica (E=G+De)’* (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método...** Op. cit., p. 118).

¹¹⁸ GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; e GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al Conocimiento científico** (...). Op. cit., p. 38-39. No original: *“agrupamos los objetos individuales en conjuntos o clases, y establecemos que un objeto pertencerá a una clase determinada cuando reúna tales o cuales condiciones”*.

sujeitos esses critérios de nada sirvam¹¹⁹. Um agricultor, por exemplo, sente a necessidade de classificar os mais diversos tipos de solo, considerando critérios tais como impermeabilidade do solo, os tipos e quantidades de minérios que lá são encontrados e a capacidade de armazenar água suficiente para a manutenção da cultura que pretende iniciar¹²⁰.

Paulo de Barros Carvalho acrescenta que “*ao sujeito do conhecimento é reservado o direito de fundar a classe que lhe aprouver e segundo a particularidade que se mostrar mais conveniente aos seus propósitos*”¹²¹. Importante que se diga, porém, que na classificação, apesar de ser de livre escolha do sujeito cognoscente, é preciso ser rigoroso no processo de separação dos objetos e inclusão destes em classes distintas. Em ressalva, o citado autor adverte que “*devemos estar atentos para a correção do processo de circunscrição, garantindo que os gêneros e as espécies sejam, efetivamente, gêneros e espécies*”¹²².

Feita essa ressalva preliminar sobre o ato de classificar, de pronto, passa-se à proposta de classificação escolhida para as normas jurídicas e a respectiva justificativa, de acordo com a finalidade deste estudo.

1.5.2. Norma jurídica social, científica e pura.

¹¹⁹ Irving M. Copy, ao tratar do assunto, muito bem descreve a essência classificadora do ser humano, quando afirma que “*o homem primitivo, para sobreviver, necessitou classificar as raízes e bagos em comestíveis ou venenosos, os animais em perigosos e inofensivos, e os outros homens Como amigos ou inimigos. As pessoas são propensas a estabelecer distinções de importância prática para elas e ignorar as que desempenham um papel menos imediato em seus assuntos*”. Mais adiante, o autor afirma que “*há muitos motivos que possam levar-nos a classificar coisas. Uns de caráter prático, outros teóricos. Se uma pessoa possui, apenas, três ou quatro livros, conhecê-los-á muito bem, e poderá abrangê-los, facilmente, com um simples relance, de modo que não precisará classificá-los. Mas, numa biblioteca pública ou universitária, com milhares de volumes, a situação é diferente*”. Para arrematar, conclui que “*em consideração ao propósito teórico dessa análise, devemos compreender que a adoção deste ou daquele esquema alternativo de classificação não constitui algo que possa ser considerado verdadeiro ou falso. Os objetos podem ser descritos de diferentes maneiras, segundo os vários pontos de vistas*” (COPY, Irving M. **Introdução à Lógica**. [Trad.: Álvaro Cabral], 2ª ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1978. p. 413-414).

¹²⁰ Em nota, Roque Antônio Carrazza esclarece que “*as classificações só são possíveis porque o agente classificador leva em conta o que as coisas a serem classificadas têm de semelhantes, desconsiderando o que têm de dissímil. Deveras, como não há, no Universo, duas realidades rigorosamente iguais, as classificações só são possíveis porque o homem, fazendo, com sua inteligência, abstrações, equipara coisas que, em rigor, não são idênticas. Isto nos leva a concluir que as classificações não estão no mundo fenomênico (no mundo real), mas na mente do homem (agente classificador). Naturalmente, as coisas não se apresentam classificadas no mundo em que vivemos; elas são classificadas pelo homem, de acordo com critérios por ele eleitos. Neste ponto, pelo menos, tinha razão Kant, quando afirmava que o homem é o centro do Universo*” [CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional** (...). Op. cit., p. 459 (in nota de rodapé)].

¹²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método** (...). p. 119.

¹²² Ibidem, p. 119.

O ato de classificar é intrínseco à atividade humana. A classificação é sempre base para o estudo de determinado objeto. É bastante comum encontrar, na Ciência do Direito, proposições que expressam os fundamentos das mais variadas classificações, seja em matéria tributária ou não. A classificação da norma jurídica que ora se propõe assume uma função didática neste trabalho, delimitando o sentido da expressão e evitando confusões interpretativas, especialmente em relação à identificação dos elementos que compõem o sistema do direito, assim entendido como o conjunto de proposições prescritivas que devem ser observadas pelos cidadãos na realização de suas condutas.

Ao levar em conta o conceito de norma jurídica apontado nas linhas que antecederam este tópico – juízo hipotético-condicional que se forma na mente do intérprete como resultado do processo que tem início na leitura do texto normativo –, tem-se a implicação de que todos que se prestarem ao exercício de ler os textos escritos que carregam as proposições prescritivas do direito, com o mínimo de senso cognitivo, poderão construir, cada um, a sua própria norma jurídica¹²³.

Anote-se: cada intérprete, dentro do respectivo processo interpretativo acaba, invariavelmente, por adotar um sistema próprio de normas jurídicas¹²⁴. Ora, se a norma jurídica é o esse juízo hipotético-condicional; e se a interpretação é o caminho que deve ser percorrido para se chegar a essa norma jurídica, igualmente deve ser considerado que o processo interpretativo é ferramenta indispensável para a construção do sistema do direito de quem interpreta – formado pelo conjunto organizado dessas normas jurídicas.

Como já mencionado, os textos de lei oferecem ao intérprete um conjunto de possibilidades para a identificação de normas jurídicas. Paulo de Barros Carvalho propõe a interpretação dos textos de lei – que ele define como “*uma camada linguística, vazada em termos prescritivos, com um vetor dirigido ao comportamento social, nas relações de intersubjetividade*”¹²⁵ – como um sistema de linguagem a partir do qual o intérprete deve buscar a análise, compreensão, valoração e construção do sentido.

¹²³ Gregório Robles concorda que “qualquer pessoa pode ler o texto jurídico para inteirar-se daquilo que deve fazer em determinada situação, ou padra saber quais são os direitos de que dispõe quando realiza um determinado ato” (ROBLES, Gregorio. **Direito Como Texto** (...). Op. cit., p. 53). Fazendo uma relação entre a linguagem, interpretação e conhecimento, Gabriel Ivo reconhece que “todo conhecimento do direito implica uma permanente construção hermenêutica (...) mesmo que seja o conhecimento vulgar, técnico ou científico”. (IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: Produção e Controle** (...). Op. cit., p. XXVIII, da Introdução).

¹²⁴ Gabriel Ivo anota que o direito é conceptual

¹²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 131.

Isso implica a identificação de uma grande variedade de normas jurídicas construídas a partir do mesmo conjunto de enunciados prescritivos, tendo em vista a individualidade própria de cada intérprete – seus valores, experiência de vida, conhecimento científico, entre outros. Paulo de Barros Carvalho lembra que o direito é “*um objeto da cultura, invariavelmente penetrado por valores*”¹²⁶, motivo pelo qual “*teremos, de um lado, as estimativas, sempre cambiantes em função da ideologia de quem interpreta*”¹²⁷.

Garcia Amado, classificando a natureza dos resultados interpretativos em razão daqueles que se prestam a conhecer o direito, anota que existem três tipos de conhecimento. O conhecimento *ordinário* (vulgar, leigo)¹²⁸, o conhecimento *prático*¹²⁹ e o conhecimento *teórico* (científico)¹³⁰. O primeiro diz respeito ao conhecimento geral que as pessoas têm no desenrolar do cotidiano das relações jurídicas das quais participam. O segundo, é o conhecimento daqueles que lidam com o direito de maneira profissional. E o terceiro, aquele praticado pelos cientistas do direito, a quem é dada a missão, não de dizer o que o direito é, mas de dizer sobre o que, entende-se, deveria ser o direito (em linguagem descritiva).

Independentemente da classificação que se adote, é certo que cada um desses sujeitos do conhecimento tomarão com base um determinado sistema de referência para a respectiva interpretação – que pode, raras vezes, ser equivalente, mas que, na maioria delas, não é. E, nesse ponto, a segurança das relações e a certeza do direito são colocadas à prova, notadamente na hipótese de não haver uma definição de qual norma jurídica, dentro desse conjunto de possibilidades criadas pelos vários intérpretes, é a norma jurídica que representa a conduta que o Estado de Direito almeja seja seguida.

É bem verdade, e não se pode negar, existe – e isso é essencial para a própria

¹²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 144.

¹²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 144.

¹²⁸ “*Implicación vivencial ordinaria. Llamo así a la percepción general que de lo jurídico tienen los miembros de una sociedad, como orden que se les impone y en que están insertos*” (AMADO, Juan Antonio García. **Sobre los Modos de Conocer el Derecho. O de cómo Construir el Objeto Jurídico**, Doxa, n. 11, 1992, p. 200 *apud* IVO, GABRIEL. **Norma Jurídica: Produção e Controle** (...). Op. Cit., p. XXVIII, da introdução).

¹²⁹ “*Implicación operativa o práctica. Es el tipo de conocimiento de lo jurídico que aparece en los ‘aplicadores’ del derecho con efectos prácticos inmediatos de mayor o menor alcance (jueces, abogados, legisladores, notarios, burócratas...)*”. (AMADO, Juan Antonio García. **Sobre los Modos de Conocer el Derecho. O de cómo Construir el Objeto Jurídico**, Doxa, n. 11, 1992, p. 200 *apud* IVO, GABRIEL. **Norma Jurídica: Produção e Controle** (...). Op. Cit., p. XXVIII, da introdução).

¹³⁰ “*aquí se trataría de aquellos conocimientos del derecho que supuestamente no irían dirigidos a pronunciar el derecho, sino pronunciarse sobre el derecho, preferentemente en clave analítica y descriptiva*”. (AMADO, Juan Antonio García. **Sobre los Modos de Conocer el Derecho. O de cómo Construir el Objeto Jurídico**, Doxa, n. 11, 1992, p. 200 *apud* IVO, GABRIEL. **Norma Jurídica: Produção e Controle** (...). Op. Cit., p. XXIX, da introdução).

existência e manutenção do Estado de Direito – coincidência em relação aos resultados dos processos interpretativos iniciados por todos ou pela maioria dos intérpretes. É essa coincidência, em relação à norma que deve ser extraída do texto de lei, que garante a estabilidade do próprio sistema do direito. Há, pois, um núcleo aceito pela maioria dos intérpretes – incluem-se, aqui, os próprios jurisdicionados –, composto pelo conjunto de resultados interpretativos coincidentes.

Também não se pode negar a existência de resultados conflitantes. Surge então a necessidade de determinação da norma que deverá ser reconhecida como aquela que deve ser seguida pela sociedade, o que só pode – e deve – ser feito por aquele agente competente, investido na condição de juiz, a quem é conferido o poder-dever de decidir e resolver os conflitos de interpretação¹³¹.

Vale, nos casos de resultados interpretativos conflitantes, a qualidade do intérprete, não importando o grau de rigor empregado na interpretação. Por isso, nessa proposta de classificação das normas jurídicas, o elemento discriminador está na qualidade do sujeito que as interpreta. Dentre os intérpretes do direito, todos aqueles capazes de extrair do texto de lei uma norma jurídica na acepção já estabelecida neste trabalho, há um que tem a competência para resolver conflitos interpretativos e decidir qual das normas jurídicas deve ser entendida como aquela que reflete a conduta que o Estado de Direito almeja seja seguida.

Como intérpretes do direito estão todos aqueles que mantenham um nível mental íntegro, ou seja, aqueles capazes de fazer a leitura do texto de lei (sentido lato) – ainda que não necessariamente pelos sentidos visuais – com um mínimo de cognição. Nesse conjunto de intérpretes, encontram-se: (i) aqueles que não possuem conhecimento ou possuem conhecimentos mínimos e insuficientes acerca dos métodos para a interpretação do direito, ou seja, a grande maioria dos indivíduos de uma sociedade – o *intérprete social*; (ii) aqueles que mantêm um senso apurado e uma técnica consistente para a interpretação do direito e para promover a respectiva descrição das proposições prescritivas com o rigor exigido pela Ciência

¹³¹ Gregorio Robles chega a falar que a interpretação das normas cabe especialmente a determinados juristas, numa referência “*àqueles que ocupam órgãos de decisão (como os juízes) e os que se dedicam à ciência do direito (os cientistas do direito)*”. Para o citado autor, somente esses indivíduos tem a capacidade técnica para interpretar “corretamente” o direito. Entretanto, o mesmo autor reconhece a necessidade do estabelecimento de uma só pessoa para dar a última palavra sobre o sentido que deve ser atribuído ao texto normativo. Nas palavras do autor, “*naturalmente, no direito, como em tudo o que é humano, há sempre ou quase sempre uma multiplicidade de interpretações para o mesmo assunto. Por isso é que todos os ordenamentos jurídicos estabelecem quais são os órgãos que têm a última palavra no tema da interpretação de normas*”. (ROBLES, Gregorio. **Direito Como Texto** (...). Op. cit., p. 53)

do Direito – o *intérprete cientista*; e, finalmente, (iii) aqueles que estão investidos com a prerrogativa da tomada de decisão para a aplicação do próprio direito – como dito pelo próprio ordenamento jurídico –, reconhecendo a norma jurídica que deve ser aplicada para a regulação das condutas da sociedade – eis o *intérprete puro*¹³².

Em relação a este último intérprete mencionado, o *intérprete aplicador*, necessário, ainda, classificá-lo em *intérprete executivo* e *intérprete autêntico*. O *intérprete executivo* é aquele que tem a função de execução das normas jurídicas, ou seja, aquele agente que está vinculado ao Poder Executivo e que executa, independentemente de qualquer intervenção do Poder Judiciário, as normas que são por ele reconhecidas (*e.g.*, o agente fiscal, vinculado ao Ministério da Fazenda, que lavra auto de infração para exigência de determinado tributo). Já o *intérprete autêntico* é aquele que detém o poder de decisão, nas instâncias do Poder Judiciário, que é exercido quando da verificação de resultados interpretativos conflitantes.

Os intérpretes *social*, *científico* e *puro* (o *executivo* e o *autêntico*), nessa proposta de classificação, constroem respectivamente as normas jurídicas sociais, as normas jurídicas científicas e as normas jurídicas puras¹³³.

¹³² Sobre esse assunto, vale mencionar que Hans Kelsen também classificou as interpretações segundo a qualidade do agente que as realiza. Mas, segundo ele, só existem duas espécies: (i) a interpretação autêntica – aquela feita pelo órgão que aplica o direito; e (ii) a não autêntica, feita pelos demais intérpretes do ordenamento – as pessoas em geral e os cientistas do Direito. Em suas palavras: “quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. (...) Mas também os indivíduos, que têm – não de aplicar, mas – de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam compreender e, portanto, determinar o sentido das normas jurídicas que por eles não de ser observadas. E, finalmente, também a ciência jurídica, quando descreve um Direito positivo, tem de interpretar as suas normas. Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica. Aqui começaremos por tomar em consideração apenas a interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (...) Op. cit., p. 387/388).

¹³³ Nesse contexto, vale mencionar a doutrina de Luís Roberto barroso, para quem “juízes e tribunais são os intérpretes finais da Constituição e das leis, mas não são os únicos. Boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita, fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional** (...) Op. cit., p. 333)

CAPÍTULO 2 – O RESULTADO *MADURO* DA INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA

2.1. Núcleo Estável de Normas Jurídicas

Nas primeiras linhas deste trabalho, fixou-se a definição de que o sistema do direito é formado pelo conjunto de normas jurídicas organizadas e relacionadas entre si para a regulação das condutas humanas. Viu-se também que a norma jurídica é o resultado do processo de interpretação, representada por um juízo hipotético-condicional que se forma na mente de cada intérprete. Assim, cada intérprete, em última análise, tem a chance de criar seu próprio sistema jurídico – um sistema composto pelas normas jurídicas e relações internormativas que ele próprio identifica mediante o processo de interpretação que realiza.

A possibilidade de identificação de normas jurídicas e de formação de sistemas jurídicos por cada intérprete que detenha o mínimo de consciência cognitiva não significa que o direito será aplicado indistintamente e de formas diferentes, de acordo com o que cada um desses intérpretes pensa sobre ele.

Apesar de o conjunto dos enunciados prescritivos – matéria-prima para aplicação no processo de interpretação – oferecer um vasto e fértil campo para a identificação das normas jurídicas, há um núcleo estável de normas jurídicas. Esse núcleo é formado pelos resultados coincidentes que decorrem dos processos interpretativos feitos pelos intérpretes social, científico, executivo e, fundamentalmente, mediante os resultados da interpretação realizada pelos intérpretes autênticos.

Essa estabilidade advém da certeza que se tem acerca da consequência jurídica, melhor, da relação jurídica que nascerá sempre que houver o relato da ocorrência do fato descrito no antecedente da norma jurídica. A verificação desse núcleo estável numa sociedade que pretenda ser regulada pelo direito é a estrutura fundamental da própria existência do direito, do Estado de Direito.

Há, na sociedade, consenso em relação a várias questões ligadas ao conhecimento. O consenso em relação às consequências jurídicas dos atos ou omissões dos indivíduos é um deles. Esse consenso independe da aceitação e qualificação como justa ou injusta da norma jurídica, mas se dá em relação à existência da própria norma jurídica em si. Aqui, não importa

que o indivíduo venha a cumprir ou não a norma jurídica. O consenso que se está a referir é o consenso a respeito da coincidência do juízo hipotético-condicional resultante da interpretação dos enunciados prescritivos.

Afirmar que uma norma jurídica faz parte desse chamado núcleo estável significa dizer que há um consenso, entre os indivíduos de uma sociedade, sobre o sentido que deve ser dado aos enunciados prescritivos. Esses resultados coincidentes dos processos interpretativos normativos demonstram uma *verdade* sobre as consequências jurídicas que advirão dos atos e omissões dos indivíduos de uma sociedade. A *verdade*, por consenso, decorre da aceitação comum de determinada proposição por parte dos indivíduos, da maioria deles, que compõem uma mesma comunidade.

De outro modo, não se pode esquivar do fato de que a consciência cognitiva inerente ao homem impede que haja a coincidência integral em relação a todas as normas que compõem um sistema jurídico. Em outras palavras, numa sociedade não há possibilidade de todos os partícipes extraírem idênticos resultados sobre todo o conjunto de normas jurídicas. Por isso, existe a figura do intérprete autêntico – como exigência para a própria existência do sistema do direito –; este tem o poder-dever de escolher, dentre as possibilidades, as normas jurídicas que devem ser reconhecidas como tal e devem ser observadas pelos indivíduos de uma determinada sociedade, independentemente dos demais resultados interpretativos sobre os enunciados prescritivos.

Da mesma forma, não há como se admitir o direito em uma sociedade onde as normas jurídicas resultantes dos infinitos processos interpretativos não coincidam, ao menos em parte. A convivência social estaria prejudicada e o próprio sistema do direito, aniquilado. Nesse ponto, entende-se haver um “núcleo estável” dos resultados da interpretação do texto normativo. Em última análise, um núcleo estável de normas jurídicas.

Para a existência dum sistema jurídico sustentável numa determinada sociedade, deve ser possível identificar esse núcleo estável de normas jurídicas – o que pressupõe convergência de resultados interpretativos – e, igualmente, que seja atribuído o poder-dever a um agente competente para ditar, em relação aos resultados interpretativos contraditórios, qual deles deve prevalecer.

A partir do resultado dos processos interpretativos, é possível identificar as normas jurídicas que compõem o referido núcleo estável. Ele é moldado pelos respectivos resultados

coincidentes da interpretação, isto é, pelas “normas coincidentes”, aquelas refletidas nos resultados coincidentes na maioria dos processos interpretativos promovidos pelos intérpretes social, científico, executivo e, essencial e preferencialmente, pelas “normas reconhecidas” como tal e de forma reiterada, quando do processo interpretativo feito pelos intérpretes autênticos.

A existência desse núcleo estável é a garantia e a segurança da sociedade em relação às condutas que devem ser adotadas – em relação à certeza das consequências jurídicas decorrentes de suas ações e omissões. Por exemplo, é possível dizer que, na sociedade brasileira, esse núcleo estável é formado por normas, tais como: “matar alguém → imposição de pena de detenção”; “auferir renda derivada do trabalho assalariado → dever de pagar imposto sobre a renda”; “ultrapassar faixa de segurança enquanto o sinal de trânsito estiver vermelho → imposição de pena de multa atrelada à anotação de pontos no prontuário do motorista”; “causar prejuízo a outrem → dever de indenizar”; “compra de um veículo → dever de pagar e direito de receber”; e, ainda, por aquelas normas jurídicas escolhidas pelo intérprete autêntico, quando chamado a se manifestar sobre os resultados contraditórios dos processos interpretativos social, científico e executivo.

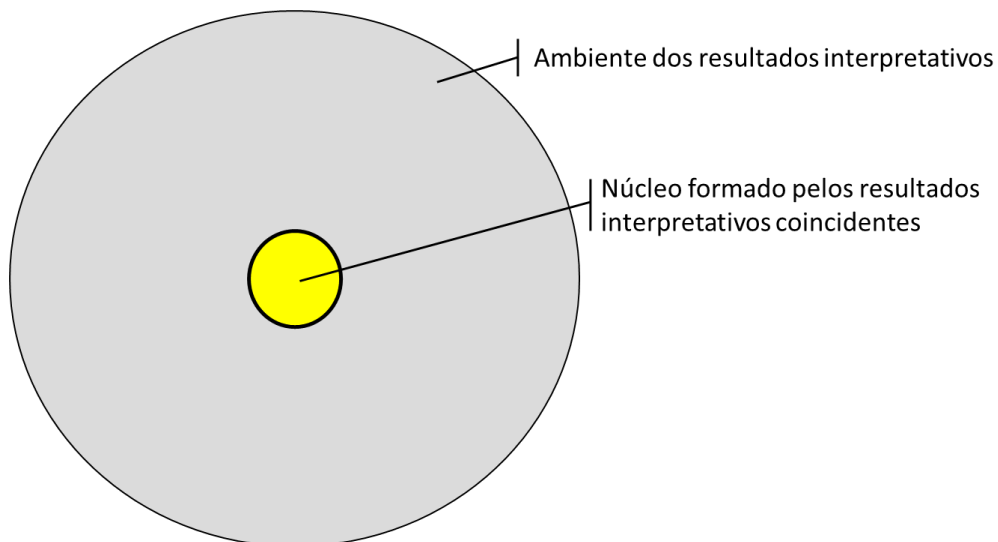
O jurisdicionado precisa ter a certeza de que, agindo segundo as normas jurídicas componentes desse núcleo estável, estará fazendo aquilo que a própria sociedade pretende que seja feito. E mais, deve-se ter a certeza acerca das consequências boas ou ruins, positivas ou negativas, que se desencadearão a partir do relato em linguagem da conduta tomada.

O adjetivo “estável”, atribuído ao núcleo de normas aqui referido, está sendo aplicado para dar a noção de segurança, de certeza sobre aquilo que está regulado pelo direito. Esse núcleo estável, entretanto, não é estático. Ele muda constantemente. Seja por alteração do texto normativo, por mudança de valores de uma sociedade ou por mudanças no posicionamento do intérprete autêntico. Entretanto, diga-se, dentro desse núcleo estável também existem regras que garantem a segurança das relações jurídicas do passado. Relações que precisam ser preservadas de acordo com as normas jurídicas que faziam parte do núcleo estável formado no tempo em que elas nasceram.

2.1.1. Definindo o Núcleo Estável de Normas Jurídicas

Do que até aqui foi dito, é possível estabelecer uma definição do que vem sendo chamado de *núcleo estável de normas jurídicas*. Pode-se, pois, defini-lo como um conjunto formado pelos resultados coincidentes dos processos interpretativos executados pelos mais diversos intérpretes do direito, em um determinado tempo e espaço.

Chamou-se de “núcleo” para dar a ideia de que é parte de um ambiente maior. Um ambiente composto por todos os resultados interpretativos decorrentes dos inúmeros e constantes processos interpretativos. Dentro desse ambiente, aqueles resultados interpretativos coincidentes agregam-se de modo a indicar *consenso* sobre o sentido a ser dado a determinado texto normativo:



O adjetivo “estável” representa a certeza em relação ao sentido que deve ser dado a determinado texto normativo, de modo a gerar uma *previsibilidade* em relação à consequência jurídica que decorrerá de determinado fato previsto no antecedente da norma jurídica definida nos resultados coincidentes dos processos interpretativos.

E, por fim, o complemento “normas jurídicas” representa os elementos que formam esse *núcleo estável*, pois o resultado de um processo interpretativo normativo deve, necessariamente, ser representado por uma *norma jurídica*.

2.2. A sobreposição do resultado interpretativo autêntico na moldagem do núcleo estável

A formação do núcleo estável de normas, a partir da *verdade* sobre os resultados decorrentes do processo de interpretação dos textos normativos, está, como dito, no consenso em relação à formação do juízo hipotético-condicional pelos vários intérpretes de uma determinada sociedade, ou seja, em relação às normas jurídicas que os indivíduos entendem que devem ser observadas, ainda que delas discordem.

Essa verdade, vale dizer, como todas as outras, é relativa. Pode ser – e é – mudada em função da evolução das opiniões dos sujeitos partícipes de determinada comunidade. Essa forma de ver a *verdade* (verdade por consenso) é criticada pela eventual insegurança que traria, considerando que transforma a convicção comunitária de *verdade* em critério definidor da certeza sobre as proposições. No entanto, essa *pseudo*insegurança é afastada na medida em que o próprio sistema no qual se insere a proposição a ser valorada – a norma jurídica em si – trata de definir *o que é consenso, quando e como se opera, eliminando instabilidades na determinação da verdade consensual*¹³⁴”.

Nesse ponto, vale dizer que a interpretação autêntica funciona como um mecanismo para *eliminar as instabilidades* que eventualmente possam decorrer da formação do núcleo estável de normas jurídicas, a partir das ideias de *verdade* por consenso até a coincidência dos resultados interpretativos alcançados pelos intérpretes social, científico e executivo.

Cada vez que o intérprete autêntico instaura o processo interpretativo normativo e aplica uma norma jurídica, ainda que para a solução de conflitos difusos, há um intrínseco, necessário e concomitante reconhecimento de que aquela é a norma jurídica a ser extraída de determinados enunciados prescritivos, independentemente dos resultados interpretativos alcançados pelos intérpretes sociais, científicos e executivos, sejam esses resultados coincidentes ou não.

Ao tratar sobre o processo de positivação do direito na aplicação das normas gerais pelos tribunais, Hans Kelsen afirma que a determinação do fato e das respectivas consequências jurídicas pelo intérprete autêntico implica a determinação da norma geral a aplicar. Vai além. Afirma que “*o tribunal não só tem de responder à quaestio facti como*

¹³⁴ Cf. TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 14.

também à quaestio juris. Depois de realizadas estas duas averiguações, o que o tribunal tem a fazer é ordenar in concreto a sanção estatuída in abstracto na norma jurídica geral”¹³⁵.

Uma decisão judicial, nesse ponto, ao mesmo tempo que introduz novos enunciados prescritivos para a regulação de um determinado conflito, acaba por externalizar o entendimento do intérprete autêntico sobre a interpretação das normas jurídicas motivadoras dessa decisão. É esse entendimento que deve ser tomado como diretriz na condução das relações sociais.

Tem-se, pois, uma sobreposição do resultado interpretativo promovido pelo intérprete autêntico sobre os demais resultados interpretativos. Trazendo o exemplo da prática (ou não) de um homicídio e do julgamento do suspeito, Hans Kelsen pondera que as opiniões dos indivíduos de uma sociedade, sejam elas mais ou menos dignas de crédito, são irrelevantes; conclui que se a norma geral (qualquer que seja ela) tiver de ser aplicada, *só uma opinião deve prevalecer: aquela “opinião que se exprime na decisão do tribunal”*. Afirma ainda que *“unicamente ela é juridicamente relevante, sendo a opinião de todos os outros juridicamente irrelevantes”*¹³⁶.

O resultado interpretativo normativo do processo realizado pelo intérprete autêntico, não se pode negar, sempre sobressairá sobre os demais resultados interpretativos, de modo que há o que se pode chamar de uma sobreposição do resultado interpretativo autêntico em relação aos demais resultados interpretativos alcançados pelos intérpretes sociais, científicos e executivos, notadamente no que diz respeito à formação do núcleo estável de normas jurídicas.

O intérprete autêntico, nesse passo, assume um importante papel na segurança das relações jurídicas. Sempre que houver o reconhecimento de uma norma – do seu conteúdo e requisitos de aplicação – pelo intérprete autêntico, o nível de certeza e confiabilidade em relação ao direcionamento das condutas humanas aumenta.

Em resumo, cada vez que o intérprete autêntico manifesta seu entendimento sobre o conteúdo de uma norma jurídica – e o faz quando a aplica a determinado fato concreto –, os indivíduos passam a ter mais certeza de como devem agir, segundo o direito vigente, ainda que discordem e ainda que decidam não seguir a orientação dada; esta opção também será

¹³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura** (...). Op. cit., p 264.

¹³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura** (...). Op. cit., p 267.

tomada com base em um grau maior de certeza em relação, inclusive, à contrariedade de sua conduta no tocante ao dever-ser manifestado pelo intérprete autêntico.

Esse grau de confiabilidade aumenta à medida que o entendimento dos intérpretes autênticos se manifesta ao longo do tempo. E, da mesma forma, à medida que esses entendimentos passam a ser manifestados e reiterados pelas cortes mais altas do país, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

A sobreposição do resultado interpretativo autêntico na moldagem do núcleo estável de normas jurídicas, por exemplo, é usada com frequência por todo operador do direito que recebe a incumbência de avaliar as chances de êxito ou perda de determinada demanda judicial ou, ainda, os riscos fiscais de uma operação societária realizada da forma tributariamente menos custosa.

Ao elaborar o seu parecer, esse operador não poderá levar em conta tão somente a sua convicção científica sobre aquilo que para ele é o conteúdo das normas jurídicas, mas deve se preocupar em avaliar o grau de certeza refletido a partir das manifestações do intérprete autêntico.

Decisões reiteradas de uma corte superior sobre uma determinada situação que tenha como efeito o reconhecimento, também reiterado, de uma determinada norma jurídica – e seus critérios de aplicação verificados em cada um dos casos apreciados – devem ser consideradas e ter um peso determinante na avaliação desse operador do direito, quando da conclusão do seu parecer sobre as chances de êxito ou perda de uma demanda e/ou sobre os riscos daquela operação societária.

E é assim porque existe o consenso de que as manifestações sobre o conteúdo das normas jurídicas, fruto do processo interpretativo normativo promovido pelos intérpretes autênticos, têm um peso maior para a elevação do grau de confiabilidade e certeza do direito, sobrepondo-se às demais normas jurídicas produzidas pelos intérpretes social, científico e executivo.

Ao estabelecer a premissa sobre a separação entre texto normativo e norma jurídica, ou melhor, considerando a dicotomia lei e norma e levando em conta as expectativas de uma sociedade em relação às condutas que devem ser seguidas ante aquele núcleo estável de normas jurídicas, é preciso identificar as maneiras e as ferramentas dentro do próprio sistema jurídico para evitar que a alteração dos resultados interpretativos de sobreposição –

mencionam-se, aqui, aqueles resultados verificados a partir dos processos feitos pelos intérpretes autênticos – tenha eficácia para fatos jurídicos devidamente regulados segundo as normas contidas no núcleo estável à época em que se consolidaram.

Na dicotomia entre a lei e a norma, o intérprete autêntico assume um importante papel na definição do sentido da norma jurídica. É dele a última palavra sobre o sentido do texto normativo. É o resultado interpretativo realizado por ele que se sobrepõe aos demais resultados interpretativos – aqueles decorrentes da interpretação social, científica e do aplicador executivo.

Nesse sentido, com as palavras de Eros Grau, vale dizer que:

[...] o intérprete autêntico (no sentido atribuído por Kelsen) ‘produz’ direito porque necessariamente completa o trabalho do legislador (ou do autor do texto em função regulamentar ou regimental). O intérprete autêntico completa o trabalho do autor do texto normativo; a finalização desse trabalho, pelo intérprete autêntico, é necessária em razão do próprio caráter da interpretação; a que se expressa na produção de um novo texto sobre aquele primeiro texto.¹³⁷

No âmbito do direito tributário – e, aqui, sem querer entrar em discussão sobre a divisão do direito em ramos, o que se admite apenas para fins didáticos –, especialmente no âmbito das relações sociais que envolvem a instituição, a cobrança, a arrecadação e a fiscalização dos tributos, nota-se que a discussão ganha fortes contornos constitucionais fixados em um paradoxo entre a necessidade de arrecadação para a manutenção e gerência da *república* – expressão usada na literalidade de seu sentido, a coisa pública – e a proteção do patrimônio privado, enquanto direito fundamental do cidadão. É certo que todos devem pagar tributos, da mesma forma que todos têm garantidos por direito fundamental a sua propriedade privada. É certo que o Estado tem o direito de exigir tributos, da mesma forma que o Estado tem o dever de exigí-los, notadamente em face do direito da sociedade, decorrente da *república*.

Nesse passo, é importante fixar, desde já, outra importante premissa deste trabalho. Quando se tenta explicar o alcance da irretroatividade às normas jurídicas, especialmente no que tange à alteração dos resultados interpretativos anteriormente já consolidados – que fazem parte do núcleo estável de normas jurídicas–, a intenção é, unicamente, tratando-se de um trabalho que tem seu núcleo fixado no direito tributário (aqui, sim, utilizando apenas a divisão

¹³⁷ GRAU, EROS ROBERTO. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 60.

didática), ponderar a aplicação da irretroatividade para evitar, como expressamente menciona a lei tributária, a *instituição ou majoração* dos tributos. Reconhece-se, entretanto, que, de igual modo, esse estudo também pode ser feito para proteção do Estado, ou seja, para evitar que a alteração de resultados interpretativos, os autênticos, também afete o ente tributante, por exemplo, no tocante à proibição na cobrança de determinado tributo. Assim, com base na indisponibilidade dos bens públicos, a irretroatividade, nesse sentido, também poderia ser estudada em relação à proteção do erário, o que, em última análise, não deixaria de ser uma proteção à própria sociedade.

2.3. Maturidade dos resultados interpretativos autênticos

Um dos pontos cruciais para o desenvolvimento deste trabalho é a determinação, com o maior grau de objetividade possível, da situação que implicará o reconhecimento do predicado “maturidade” atribuído aos resultados interpretativos alcançados pelos intérpretes autênticos. A “maturidade” desses resultados interpretativos significa a qualidade de irradiar certeza e previsibilidade sobre o sentido que deve ser atribuído a determinado texto normativo. É “maduro”, por exemplo, o resultado interpretativo autêntico que tenha decorrido da edição de uma súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Esse resultado interpretativo alcançou maturidade suficiente para ser considerado como o sentido que deve ser atribuído por toda a sociedade, com os qualificativos da certeza e previsibilidade, a determinado texto normativo. Saber quando esses resultados interpretativos estarão aptos a ingressar, com o caráter de sobreposição, naquele que se chamou de núcleo estável de normas jurídicas não é tarefa das mais fáceis, mas é algo que precisa ser enfrentado.

Quando será possível afirmar que uma determinada norma jurídica, fruto do resultado interpretativo autêntico, está apta a ingressar no núcleo estável de normas jurídicas, carregando em si os mais altos padrões de certeza do direito e segurança jurídica? Em outras palavras, quando será possível afirmar que o entendimento manifestado pelo intérprete autêntico é considerado pacífico e/ou uniforme ao ponto de justificar qualquer ponderação sobre a necessidade de preservação de condutas ocorridas antes de uma eventual mudança de posicionamento?

Cotidianamente, como manifestação típica da retórica para alcançar o convencimento do destinatário de determinada argumentação, depara-se com afirmações sobre a *existência de um ou mais precedentes* neste ou naquele tribunal, sobre a *manifestação de entendimentos reiterados* ou *pacificados*, sobre a *jurisprudência atual, pacífica, dominante* ou *uniforme*, entre outras expressões que são usadas sem o rigor semântico – qualquer que seja ele, já que são palavras que possuem um alto grau de polissemia –, mas com elevado grau retórico, na tentativa de convencimento ou de justificação de decisões.

Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro, com seus métodos próprios de tomada de decisões e resolução de conflitos, seja fundado no *civil law*, sempre as discussões sobre a aplicação das normas jurídicas passam pela tentativa de utilização/aproximação de métodos inerentes ao *common law*, para se ver alcançada a aplicação de um mesmo resultado interpretativo do passado, expresso em um determinado precedente, a uma situação do presente que é tida como semelhante àquela pretérita, especialmente se esse resultado já foi visto repetidamente em vários outros julgamentos.

Importa para este trabalho a identificação desses resultados repetidos ou de uma situação que aproxime o partícipe da sociedade brasileira à certeza e à segurança sobre a aplicação de determinada norma jurídica. A intenção não é buscar as razões pelas quais um determinado precedente judicial, tal como considerado pela doutrina do *civil law* com a influência do *common law*, deve ser utilizado como referência, justificativa ou motivação de uma decisão judicial presente, mas procurar, nas mais diversas manifestações do Poder Judiciário, critérios para a identificação de um resultado interpretativo que possa ser chamado de maduro para ingressar no núcleo estável de normas jurídicas.

E, vale dizer, não há necessidade de importar uma teoria fundada no *common law* ou utilizar os conceitos, que são próprios da realidade daqueles subsistemas jurídicos, para o estudo do subsistema do direito brasileiro que é fundado no *civil law*, tem peculiaridades próprias e está inserido em um sistema social próprio – o brasileiro. Concorda-se, pois, com as conclusões de Evaristo Aragão Santos, quando, em negação à necessidade de importação de uma teoria do precedente fundada no *common law* para o estudo de uma teoria do precedente brasileira, afirma que (i) a sua essência se volta contra a própria ideia de sistema, “*não dessa ideia abstratamente considerada, mas, sim, do sistema jurídico imerso e operado*

em nosso ambiente social, em relação ao qual, aliás, influencia e é influenciado”¹³⁸ e (ii) não há sequer o que ser importado, “não porque as concepções estrangeiras sejam inadequadas, mas, sim, porque nem mesmo se pode dizer existir uma concepção anglo-americana clara, sistemática e definida, em todos os seus aspectos, a respeito do precedente judicial”¹³⁹.

É importante mencionar que o intérprete autêntico – aquele que tem a última palavra para dizer o que é o direito – é livre para decidir como lhe aprouver, seja no ordenamento baseado no *civil law* ou no ordenamento baseado no *common law*, desde que nos limites estabelecidos pelo respectivo ordenamento (e.g., a força vinculante de precedentes no *common law*; a orientação e aplicação de forma repetitiva de decisões do Supremo Tribunal Federal, quando tomadas sob o rito da *repercussão geral*, o que se vê em nosso ordenamento¹⁴⁰). Afora as peculiaridades de cada ordenamento, seja ele baseado no *civil law* ou no *common law*, o certo é que não há diferença no que diz respeito ao processo de interpretação do direito. Como ponderou Thomas da Rosa Bustamante:

[...] em ambos os casos o juiz é metodologicamente livre e sua atividade consiste em um ato de criação normativa com fundamento nas normas gerais do ordenamento em que a decisão se insere. O processo de raciocínio, como a análise de Kelsen permite crer, é o mesmo nas duas tradições jurídicas. O direito judicial – embora tenha vinculatividade ou força diferente nas duas tradições – forma-se do mesmo modo.¹⁴¹

Não importa, pois, se um precedente deve ou não ser seguido – até porque, no ordenamento jurídico brasileiro somente em algumas situações excepcionais os precedentes assumem um papel vinculante decorrente de obrigação legal, muito embora sempre devam ser levados em consideração para a interpretação do direito –; em um primeiro momento, importa saber, em face da dificuldade gerada pela polissemia, qual a definição de precedente que será adotada neste trabalho.

Definir o conceito de precedente com o recurso da etimologia não resolve a problemática, mas pode ser tomado como ponto de partida. Qualquer consulta aos dicionários da língua portuguesa levará o pesquisador à definição que é representada por aquilo que

¹³⁸ SANTOS, Evaristo Aragão. **Sobre a ideia de sistema no direito e sua contribuição para uma teoria do precedente judicial**. Tese de Doutorado. PUC/SP, São Paulo: 2011. p. 127/128.

¹³⁹ Op. cit., p. 128.

¹⁴⁰ Código de Processo Civil: Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

(...)

§3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

¹⁴¹ BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial** (...) Op. cit., p. 103.

precede – aquilo que antecede, que está, sob caracteres de tempo e/ou espaço, antes de alguma outra coisa.

Nota-se, pelos recursos etimológicos, sempre uma referência ao passado e, como não poderia deixar de ser, sempre atrelada de maneira comparativa a outra coisa. O que precede, precede a alguma coisa. Não há que se dizer que algo é precedente sem ter como referência outro algo. Ou uma coisa precede outra ou ela é única.

Ajustando o significado etimológico ao contexto deste trabalho, o precedente que aqui é referido diz respeito a uma decisão judicial prévia que aplicou determinada norma jurídica a outro caso posterior, semelhante, que está posto para análise no presente. Falar em precedente, no direito brasileiro – afastando-se do *common law*, em que precedente é uma decisão tomada como paradigma para orientação obrigatória dos julgamentos futuros –, é referir-se a uma decisão tomada no passado sobre um determinado caso que, por sua vez, é semelhante a outro determinado caso posto para análise posterior de um órgão julgador, mas que, regra geral, não tem efeito vinculante, muito embora seja sempre utilizado como ferramenta retórica.

Não há como fugir à análise comparativa entre os dois casos e a respectiva moldura normativa que os cerca. Uma decisão será, então, considerada precedente em relação a um caso analisado posteriormente, quando for possível aplicar ao caso mais recente a mesma norma jurídica aplicada ao caso passado, a ser considerado precedente. Frise-se, como dito anteriormente, entre os dois casos analisados deve haver uma similitude em relação aos fatos que importam para a aplicação da norma jurídica.

2.4. Quando identificar as manifestações reiteradas dos resultados interpretativos promovidos pelos intérpretes autênticos?

No mundo das relações sociais e jurídicas, duas ou mais relações, por mais parecidas que possam ser, jamais terão entre si identidade em grau máximo. Elas poderão se distinguir, por exemplo, pela natureza dos sujeitos, pela extensão e natureza dos objetos e pelos critérios de data e local relativos à situação posta no antecedente normativo, e, igualmente, ao próprio relato em linguagem competente dos eventos registrados. Essa afirmação, sem ressalvas,

também pode ser replicada no trato interpretativo das relações jurídicas e das relações jurídicas ditas triádicas, no âmbito do processo judicial brasileiro.

Essa constatação poderia levar à apressada conclusão de que as decisões reiteradas que seguem uma mesma linha de sentido referem-se a casos naturalmente distintos e, portanto, não haveria que se falar em identidade dos casos do presente àqueles do passado, de modo a reclamar-se e exigir-se a prolação de uma decisão judicial que tenha o mesmo teor daquelas outras decisões, ainda que reiteradas.

Entretanto, ainda que as relações jurídicas sejam distintas, notadamente por serem fruto de eventos sociais relatados na linguagem jurídica para a composição do antecedente de uma norma concreta, é plenamente possível ver fatos jurídicos, nunca integralmente idênticos, por natureza, serem subsumidos a uma só determinada norma jurídica.

Cada norma jurídica traz em seu antecedente um conjunto de notas *in abstracto* para a determinação dos fatos que serão jurisdicizados por ela. Notas que também são lançadas no conseqüente das normas para determinação dos sujeitos, do objeto e dos direitos e deveres inerentes à eventual relação jurídica.

A subsunção dos fatos sociais às normas jurídicas, operação que sucede à construção do fato jurídico, leva em consideração a identidade daquilo que é relatado em linguagem competente com aquilo que está prescrito nas citadas notas. Quando se verifica que o evento social relatado identifica-se com as notas prescritivas da norma jurídica, há o encaixe do fato à norma, a subsunção do fato à norma, fazendo nascer uma nova relação jurídica.

Do evento relatado, colhe-se apenas e tão somente aquilo que importa para o preenchimento de todas as notas prescritivas da norma jurídica a ser aplicada, desprezando-se, pelo menos por ora, os demais indicativos relatados.

Em direito tributário, essa operação de subsunção fica mais simplificada ao utilizar-se o modelo estrutural da regra-matriz de incidência tributária de Paulo de Barros Carvalho. Nele, a incidência da norma tributária se dá pelo preenchimento das seguintes notas, chamadas de critérios pelo referido autor: material, espacial, temporal, para a determinação do antecedente da norma; pessoal e quantitativo, para a determinação do conseqüente da norma.

O intérprete deve analisar o fato jurídico com o intuito de buscar, em meio a tudo aquilo que foi relatado, os indicativos que digam respeito aos critérios material, espacial,

temporal, pessoal e quantitativo, a fim de verificar se há compatibilidade entre o fato e a norma, de modo a permitir o nascimento de uma relação jurídica, nesse caso, tributária.

De retorno ao assunto da falta de identidade entre as relações jurídicas – o que não se nega –, muito embora não se possa aferir uma identidade dessas relações em grau máximo, nada impede que pontos comuns e semelhantes sejam encontrados entre elas. Esses pontos comuns serão decisivos quando da análise sobre a aplicação de uma mesma norma jurídica a fatos aparentemente distintos, mas semelhantes naquilo que importa para a aplicação de uma norma jurídica, especialmente quando levadas em conta as notas que compõem, para o intérprete autêntico, a respectiva hipótese de incidência dessa norma.

Ao tratar da aplicação dos precedentes judiciais a situações semelhantes, Hans Kelsen reconhece essa ausência de igualdade entre dois casos, ao tempo que reconhece a possibilidade de esses casos coincidirem em alguns pontos. Mas esses pontos coincidentes só serão relevantes – para fins da avaliação de igualdade de decisões judiciais – caso tenham sido extraídos da própria norma jurídica que foi reconhecida para aplicação pelo intérprete autêntico. Em suas palavras, “*a questão de saber em que pontos têm de coincidir para serem considerados ‘iguais’ apenas pode ser respondida com base na norma geral que determina a hipótese legal, fixando os seus elementos essenciais*”¹⁴².

Teresa Arruda Alvim Wambier explica que existem dois critérios para a avaliação da identidade de casos (o precedente e o caso sob análise). São eles: (i) vinculação por identidade absoluta; e (ii) vinculação por identidade essencial¹⁴³. No primeiro caso, ocorre uma identidade completa entre as questões fáticas e as jurídicas *stricto sensu*. Exemplificando, poder-se-ia afirmar que seriam iguais por *identidade absoluta* dois casos representados por ações declaratórias de inexistência de relação jurídica tributária que discutem a (não) incidência da contribuição previdenciária “patronal” (art.22, I, da Lei nº 8.212/91) sobre as verbas pagas pelas duas autoras aos seus respectivos empregados, a título de aviso prévio indenizado.

Falar em *identidade absoluta* não significa dizer que o quadro fático subjacente também é idêntico. Se assim o fosse, estar-se-ia diante do fenômeno da litispendência ou da coisa julgada. Interessam somente os fatos relevantes, representados pelos elementos

¹⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Pura** (...). Op. cit., p 278.

¹⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedente e evolução do Direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT: 2012. p. 57.

extraídos da própria hipótese de incidência tributária, e não necessariamente todo o quadro fático. Somente esses elementos essenciais são fundamentais para esta vinculação. Por isso, Luiz Henrique Volpe Camargo anotou:

Para que dois casos sejam iguais não é necessário que a igualdade seja absoluta, isto é, em todos os aspectos, em todos os detalhes. Diante de um novo caso, é preciso identificar o ponto efetivamente nuclear do precedente invocado de modo a possibilitar ou não o seu enquadramento ao caso em exame, pois, como sempre há uma ou outra minúcia a distinguir dois processos, a imposição da condição de ocorrência de exata, total e irrestrita similitude entre novo caso e caso paradigma, inviabilizaria totalmente o sistema de respeito aos precedentes. Como há diferenças que são irrelevantes para a comparação da questão jurídica, estas devem ser desprezadas.¹⁴⁴

Aprofundando o exemplo dado, tomam-se as duas situações hipotéticas, diferentes entre si, mas coincidentes em algumas notas – aquelas que importam para a aplicação de determinada norma jurídica. Na primeira, tem-se um hospital particular, sediado no município de São Paulo, submetido à incidência da contribuição previdenciária chamada comumente de patronal (artigo 22, I e III, da Lei nº 8.212/91¹⁴⁵) sobre a remuneração paga aos seus atuais quinhentos funcionários (médicos, enfermeiras, atendentes etc.), sendo compelido a incluir na base de cálculo dessas contribuições valores que possuem natureza indenizatória, notadamente valores relativos à parcela paga a título de aviso prévio indenizado que, nos últimos cinco anos, correspondente ao montante de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Na segunda situação, tem-se uma empresa comercial varejista, com lojas espalhadas pelo Nordeste do país, com atuais 10 mil funcionários (administradores, gerentes comerciais, vendedores etc.), também sendo compelida ao pagamento da mesma contribuição previdenciária sobre os valores relativos ao aviso prévio indenizado para os seus funcionários e que, no último quinquênio, correspondeu a R\$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil reais) da base de cálculo dessa contribuição.

As duas situações podem ser vistas como diferentes ou como semelhantes. Tudo vai

¹⁴⁴ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT: 2012. p. 565.

¹⁴⁵ Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

(...)

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;

depende do tipo de análise que se deseja fazer. Numa análise de mercado financeiro, poder-se-ia deduzir que as duas situações retratam empresas que atuam em dois diferentes setores da economia, sediadas em diferentes regiões geográficas, que atendem a interesses públicos diferentes e possuem diferente capacidade de geração de empregos.

Todavia, ao analisar as duas situações sob o foco da incidência da contribuição previdenciária comumente chamada de patronal e da possibilidade (ou não) de inclusão dos valores relativos à parcela paga a título de aviso prévio indenizado, a conclusão sobre a semelhança ou diferença dessas situações será outra.

Isso porque esse tipo de análise requer, de início, a identificação das notas tidas como essenciais para o desencadeamento da norma de incidência tributária relativa à referida contribuição. Nesse caso, as notas que devem (ou podem) ser consideradas para a análise sobre a identidade das situações são:

Notas a serem consideradas nessa análise de identidade entre as situações	
Critério Material	Realizar o pagamento da remuneração devida aos funcionários de uma pessoa jurídica, em decorrência do trabalho prestado
Critério Espacial	Dentro do território nacional
Critério Temporal	A qualquer tempo, desde a edição dos enunciados prescritivos do artigo 22, incisos I e III, da Lei nº 8.212/91
Sujeito Ativo	União
Sujeito Passivo	A pessoa jurídica que realizar o pagamento
Base de Cálculo	O valor correspondente às verbas remuneratórias – aquelas que têm a natureza de remuneração pelo trabalho desenvolvido
Alíquota	20%

Levando em conta essas notas extraídas do arcabouço normativo, é possível concluir que as duas situações são semelhantes e a norma jurídica aplicada, também. As diferenças que eventualmente poderiam ser apontadas na análise de mercado financeiro, aqui são irrelevantes.

Assim, as eventuais decisões judiciais que permitissem a não inclusão dos valores pagos a título de aviso prévio indenizado na base de cálculo da referida contribuição previdenciária, tanto pelo hospital quanto pela empresa comercial varejista, poderiam ser

consideradas como decisões semelhantes, para fins de construção de um conceito de decisões reiteradas. Por isso, Hans Kelsen afirmou que:

[...] só com base na norma geral que é criada pela decisão com caráter de precedente se pode decidir se dois casos são iguais. A formulação desta norma geral é o pressuposto necessário para que a decisão do caso precedente possa ser vinculante à decisão de casos ‘iguais’.¹⁴⁶

Sobre o segundo critério, da *vinculação por identidade essencial*, a verificação sobre a identidade entre os casos é mais difícil. Teresa Arruda Alvim Wambier se valeu do seguinte exemplo:

Para ilustrar a dificuldade de se fixarem os fatos que seriam realmente relevantes para um precedente, nos casos em que a vinculação se dá por identidade essencial, é oportuno o exemplo *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 532. Os fatos subjacentes a esta decisão eram os seguintes: uma viúva estava com uma amiga em um café, in Paisley, na Escócia, e esta amiga lhe comprou um iced drink, que lhe foi entregue pelo proprietário. Este colocou o sorvete em um copo e derramou, sobre o sorvete, o conteúdo de uma garrafa opaca de ginger beer. Um pouco depois disso, esta viúva despejou sobre o sorvete o que sobrava da garrafa e então viu que lá havia restos de uma cobra em decomposição. Ela levou um choque e, em seguida, teve gastroenterite. Em virtude disso, processou a *Stevenson & CO*. Argumentou-se que não havia contrato entre eles e a tal viúva (*Mrs. Donoghue*) e que eles não seriam responsáveis em relação a ela, por nenhum defeito do produto. Entretanto, a *House of Lords* considerou que a empresa deveria, sim, responder, porque teria um *duty to take a reasonable care* na preparação e no engarrafamento da bebida. O que ficou deste caso: um fabricante de bens tem o dever de tomar precauções para não causar danos (=duty of care) em relação ao consumidor último. Então, veja-se, o fato de tratar de fabricação de bebidas, o de se tratar de garrafas opacas, de a bebida ter sido consumida em um café, todos foram desconsiderados como fatos essenciais integrantes da decisão. Ou seja, houvessem sido outros, teria sido a mesma a decisão. (...) Este precedente foi aplicado a um caso em que o autor pleiteava indenização em consequência da queda de um elevador. O proprietário do prédio tinha contratado uma empresa de engenheiros para consertar este elevador e a queda ocorreu por que o conserto foi malfeito. A regra geral do caso *Donoghue* foi aplicada a este caso (*Haseldine v. Daw*) embora pudesse ter havido *distinguish*, já que os réus não eram fabricantes, mas simplesmente consertaram o elevador.¹⁴⁷

Adaptando o exemplo dado acima quanto à discussão acerca da não incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, imagine-se a situação na qual as decisões proferidas nas ações do hospital e da empresa comercial varejista foram no sentido da declaração de inexistência de relação jurídica entre os autores e a União, relativamente à exigência da referida contribuição sobre o aviso prévio indenizado. Para a tomada das duas

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura* (...). Op. cit., p. 278.

¹⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedente e evolução do Direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT: 2012. p. 61/62.

decisões, os intérpretes partiram do pressuposto de que o critério material dessa contribuição só contempla o *pagamento enquanto retribuição pelo trabalho prestado*, enquanto a verba “aviso prévio indenizada” tem natureza indenizatória. Nesse sentido, pode haver incidência da referida contribuição sobre verbas indenizatórias, mas, somente, remuneratórias (*e.g.*, salário).

Um terceiro caso, porém, pode ser considerado idêntico, diante desse critério de *vinculação por identidade essencial*. Um caso em que se discute a (não) incidência da mesma contribuição previdenciária sobre a verba paga por uma indústria de alimentos aos seus funcionários que estão afastados do trabalho (nos 15 primeiros dias) em razão de algum acidente do trabalho. É certo que não há uma similitude absoluta entre os dois primeiros casos e esse terceiro. Nos dois primeiros, o pedido era pela não incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado; já nesse terceiro caso, o pedido é pela não incidência dessa contribuição sobre os valores pagos aos empregados nos 15 primeiros dias de afastamento por acidente de trabalho.

De acordo com o segundo critério adotado por Teresa Arruda Alvim Wambier, pode-se dizer que os dois casos possuem identidade por *vinculação essencial* se, e somente se, for considerado que a verba paga aos empregados nos 15 primeiros dias de afastamento por acidente de trabalho também tem caráter indenizatório.

Entretanto, apesar da semelhança (por *vinculação essencial*) entre os dois primeiros casos (do hospital e do comercial varejista) e esse terceiro caso (indústria de alimentos), não se pode afirmar que os três representam decisões reiteradas. Nesse terceiro caso, há uma questão importantíssima: a decisão sobre a natureza da verba indicada. Se, por um lado, pode-se afirmar que verbas que tenham caráter indenizatório não podem compor a base de cálculo da contribuição previdenciária, por outro lado, não se poderiam aplicar os dois primeiros precedentes para decidir esse terceiro sem, antes, definir, no terceiro caso, qual a natureza jurídica da verba questionada.

O terceiro caso só representará uma decisão reiterada se outros anteriores já tiverem sido julgados, obtendo como resultado a declaração de inexistência de relação jurídica entre os autores e a União, relativamente à exigência da referida contribuição sobre os valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento acidentário.

A identidade entre os casos deve ser averiguada pelo intérprete, antes da tomada de decisão sobre a aplicação de determinada norma jurídica. Com base na norma que se pretende

aplicar, o intérprete deve identificar os elementos de fato que precisam ter identidade nos precedentes analisados (o passado e o presente).

François Rigaux, tratando sobre a teoria dos precedentes, ressalta a necessidade de interpretação tanto do precedente quanto do caso concreto posto à análise no presente. Tanto é necessária uma análise do caso concreto atual, quanto do caso concreto passado (do precedente). Segundo ele:

Quando uma decisão anterior é invocada como precedente, ela própria deve ser interpretada. É preciso mediar a diferença entre os termos do dispositivo e os da motivação, apreciar as circunstâncias particulares dos casos já dirimidos, o que convida a distingui-los do caso atual submetido ao juiz, avaliar o peso respectivo de uma decisão unânime, ou atingida com ampla maioria, e de um acórdão de votos dissidentes fortemente argumentados, comparar umas às outras as sucessivas decisões que seguiram um caminho sinuoso, o que alarga ainda mais o espaço do intérprete.¹⁴⁸

Sobre esse assunto, Michele Taruffo escreveu que:

[...] o precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos.¹⁴⁹

Essa comparação fática entre o precedente e o caso atual é fundamental para a avaliação sobre a similitude dos casos. Não há como analisar o precedente dissociado dos fatos que lhe deram causa, principalmente aqueles que garantem a respectiva subsunção à norma jurídica aplicada.

Quando se trata de decisões reiteradas – e, aqui, é importante delimitar o sentido dessa expressão, ainda que ele possa ser identificado em face do contexto em que está inserido –, deve-se ter em mente, no decorrer deste trabalho, que a referência é feita ao conjunto dos resultados interpretativos normativos produzidos pelos intérpretes autênticos, os quais dizem respeito à aplicação de uma mesma norma a situações factuais semelhantes, em relação às quais é possível extrair critérios coincidentes bem definidos para determinar, se não todos, um importante conjunto de fatos – o conjunto que verdadeiramente importa – sobre os quais aquela norma deve incidir, aos olhos daquele intérprete autêntico. Nesse sentido, vale

¹⁴⁸ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 321.

¹⁴⁹ TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. REpro 199, São Paulo: RT, set., 2011. p. 142/143.

dizer, “a aplicação reiterada das normas jurídicas por órgãos do Poder Judiciário constrói pensamento hábil a orientar a conduta dos jurisdicionados”¹⁵⁰.

Falar em decisões reiteradas, pois, é falar na reunião de decisões judiciais proferidas por um mesmo órgão, as quais aplicaram uma mesma norma jurídica a um mesmo conjunto de fatos pautados por critérios fáticos coincidentes para a subsunção normativa.

2.5. Decisões reiteradas conflitantes: a prematuridade da inclusão dos resultados interpretativos autênticos no núcleo estável de normas jurídicas

O sistema é dinâmico, e sempre o Poder Judiciário está resolvendo conflitos e proferindo decisões que pressupõem o reconhecimento de normas jurídicas. Muitas vezes, as decisões dos mais variados juízes (ou tribunais) acabam por ser conflitantes entre si. Isso é natural – pelo próprio princípio do livre convencimento do juiz –, e o próprio sistema se encarrega de buscar a unificação dos entendimentos, sempre baseado na necessidade de refletir segurança e certeza aos partícipes da sociedade.

Diz-se interpretação pura, para desenvolvimento deste trabalho, aquela promovida por quem tem a competência e o poder de dizer o que é o direito dentro do ordenamento brasileiro, o Poder Judiciário. E, justamente por isso, é importante estabelecer critérios para evitar a inclusão prematura dos resultados interpretativos autênticos no núcleo estável de normas jurídicas. Repita-se: o núcleo estável de normas é o conjunto dos resultados interpretativos coincidentes produzidos pelos intérpretes social, científico e aplicador executivo, somado aos resultados interpretativos frequentes daqueles que têm, como o poder de sobreposição, a competência para determinar as normas jurídicas que devem ser seguidas pela sociedade.

Note-se, porém, que dentro do ordenamento brasileiro, o Poder Judiciário é composto por várias instâncias e classes de juízes espalhados por todo o território nacional. Cada juiz (e tribunal) inserido na estrutura organizacional do Poder Judiciário acaba por assumir as funções do intérprete autêntico, aplicando o direito aos casos concretos e manifestando o seu entendimento próprio sobre o conteúdo das normas jurídicas. Isso,

¹⁵⁰ COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

invariavelmente, pode implicar o nascimento de inúmeros resultados interpretativos diferentes e contraditórios.

Não se deve fechar os olhos, pois, aos resultados interpretativos autênticos conflitantes, os quais não podem fazer parte do referido núcleo estável, pelo simples motivo de que representam o inverso em termos de segurança e certeza do direito posto. Nessas situações, somente as partes em cada processo individualmente considerado possuirão certeza sobre a aplicação das normas jurídicas correlatas ao respectivo caso – isso, claro, se a decisão que resolveu o conflito desses indivíduos tiver sido definitiva.

A falta de manifestações coincidentes dos intérpretes autênticos, inclusive dentro das sessões ou das turmas dos tribunais superiores, deve ser vista como omissão do intérprete autêntico na definição daquilo que é o direito, especialmente em relação ao caso específico. A inexistência de manifestações coincidentes, assim como a não manifestação dos tribunais superiores, deve ser entendida como ausência de manifestação do intérprete autêntico que autorize a inclusão da norma sobre a qual não se tem certeza do respectivo conteúdo – e, justamente por isso – no núcleo estável de normas jurídicas.

Renato Lopes Becho, ao partir da premissa de que somente se pode falar em jurisprudência quando um entendimento é adotado e aplicado a todos os casos semelhantes, explica que:

[...] é possível que o entendimento não seja unânime entre as repartições de um mesmo tribunal. Quando uma turma ou uma seção do tribunal decide, reiteradamente, de uma forma, e outra decide de maneira oposta, não devemos usar a voz da jurisprudência no sentido de que estamos aqui nos valendo.¹⁵¹

É prematuro pensar em incluir esses resultados interpretativos autênticos no núcleo estável de normas jurídicas, da mesma forma que é prematura a inclusão, ainda quando baseada em manifestações, não coincidentes, dos tribunais superiores. Nessa situação, não se pode falar em sobreposição do resultado interpretativo autêntico sobre os demais resultados interpretativos.

¹⁵¹ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 125.

2.6. Caminhos para inclusão dos resultados interpretativos autênticos no núcleo estável de normas jurídicas

Saber quando uma norma jurídica manifestada pela interpretação do Poder Judiciário deve ser considerada como certa para fins de orientação das condutas de uma sociedade, como já dito, é um grande desafio, porquanto não há como pensar em uma fórmula engessada que possa ser aplicada a todos os casos. Ao se tentar fazer isso, certamente serão deixadas de fora situações relevantes que, não fosse a aplicação dessa fórmula, poderiam ser consideradas para a identificação do sentido solidificado de uma determinada norma jurídica. De outro lado, também não há como deixar de definir parâmetros para a identificação de um sentido dado pelos tribunais a uma norma jurídica, que possa ser considerado como solidificado.

O precedente, por si só e via de regra, não tem o condão de levar uma norma jurídica – aquela que é refletida do resultado da respectiva decisão chamada de precedente – a fazer parte daquilo que se chamou de núcleo estável de normas jurídicas. À multiplicação de decisões que tenham aplicado uma mesma norma jurídica em um mesmo sentido interpretativo, por outro lado, pode ser (e não necessariamente será) atribuída a aptidão de levar uma norma jurídica (aquela manifestada nessas decisões) ao referido núcleo. Tudo vai depender do grau de previsibilidade e definição sobre o resultado da interpretação de uma norma jurídica pelo Poder Judiciário para a orientação de condutas intersubjetivas.

Nesse sentido, vale trazer a afirmação de Renato Lopes Becho, segundo quem, *“somente após uma conciliação do entendimento por parte dos tribunais é que teremos o reconhecimento de uma norma jurídica”*¹⁵². O referido autor usa o vocábulo jurisprudência para representar essa conciliação de entendimento, com o que é preciso concordar. Jurisprudência, pois, significa o repertório de *“decisões firmes de um tribunal ou de todos os tribunais do país”*¹⁵³.

De outro lado, cada vez mais, a legislação processual em nosso ordenamento induz à uniformização de entendimentos dos nossos tribunais superiores, inclusive, em alguns casos, de forme vinculante. Nesse ponto, nota-se uma constante preocupação do legislador com o aumento do grau de previsibilidade e definição acerca da aplicação das normas jurídicas pelos

¹⁵² BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário** (...). Op. cit., p. 125.

¹⁵³ Ibidem, p. 125.

tribunais. Essa tendência decorre da própria essência do direito. Como mencionou Eros Grau, o direito é racional – referindo-se ao *direito moderno* – “na medida em que permite (e deve permitir) a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos”¹⁵⁴.

A depender, pois, da força do precedente (*e.g.*, decisão em julgamento de Recurso Especial, pelo rito dos recursos repetitivos; ou em Recurso Extraordinário, pelo rito da repercussão geral) e/ou da solidificação das decisões reiteradas (*e.g.*, resultados interpretativos reiterados e coincidentes, manifestados pela primeira e pela segunda turma da Primeira Sessão do STJ), esse grau de previsibilidade e definição pode variar.

Sobre as alterações na legislação processual em relação à criação das figuras da *repercussão geral* e dos *recursos repetitivos*, Robson Maia Lins leciona que tais alterações “têm mostrado que o nosso ordenamento caminha em apressada marcha na direção dos valores da celeridade, uniformidade e estabilidade dos precedentes judiciais” e conclui que isso “contribui para a estabilização das expectativas de Fisco e contribuintes a respeito da legislação tributária e possibilita um ambiente de maior certeza sobre a conduta que a lei prescreve a cada um deles sendo, por isso, bem-vindas inovações legislativas”¹⁵⁵.

Quanto maior o grau de previsibilidade e definição, maior será o grau de expectativas dos indivíduos em relação à orientação de suas condutas, em face do resultado interpretativo da norma jurídica, tal como manifestada pelos tribunais. Previsibilidade e definição estão postas neste trabalho no sentido de que, independentemente das condutas que serão adotadas pelos indivíduos, a norma jurídica será aplicada segundo o entendimento firmado pelos tribunais. É o que se pode chamar de *certeza do direito*.

Levando em conta que o poder de dizer o que é direito está nas mãos do intérprete autêntico, os indivíduos acabam por pautar suas condutas (ainda que discordem da orientação dada ou que ajam de forma diferente) de acordo com o resultado interpretativo autêntico dos tribunais, eis que “seguras estão as pessoas com certeza de que o direito é objetivamente único, e de que tanto o estado como os cidadãos o obedecem”¹⁵⁶. Não se pode negar que,

¹⁵⁴ GRAU, EROS ROBERTO. **Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 13.

¹⁵⁵ LINS, Robson Maia. “Efeitos da decisão do STF em matéria tributária no regime do art. 543-B do Código de Processo Civil e o limite do art. 170-A do Código Tributário Nacional”. In: MOREIRA, André Mendes [et al.]. **Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 937.

¹⁵⁶ VILLEGAS, Héctor B. “Principio de Seguridad Jurídica en la Creación y Aplicación del Tributo. El contenido de la seguridad jurídica”. In: Revista de Direito Tributário. n. 66, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 7.

mesmo no ordenamento brasileiro (influenciado pelo *civil law*), “as decisões geram expectativa a respeito de direito e obrigações e as partes orientam suas ações em função delas”¹⁵⁷. Assim o é em razão da confiança que as pessoas depositam nos tribunais e de que, bem ou mal e independentemente do valor justiça, o direito será aplicado de acordo com a norma jurídica que já tenha sido definida.

Aliás, mesmo em se tratando de um ordenamento influenciado pelo *civil law*, é importante dizer que o Poder Judiciário sempre estará, de certa maneira e embora não engessado, vinculado aos seus próprios precedentes¹⁵⁸. Nas palavras de Humberto Ávila, “o princípio da igualdade, do qual se deduz o princípio da coerência temporal, exige que o Poder Judiciário se vincule aos seus precedentes, salvo se tiver alguma justificativa para a sua alteração”¹⁵⁹. O referido autor, sem negar a possibilidade de mudança de orientação jurisprudencial, conclui assim o seu raciocínio:

É que, se a decisão anterior for em um sentido, das duas, uma: ou ela estava correta, e diante de um caso similar deve ser proferida a mesma decisão, ou ela estava incorreta, devendo ser, por isso, alterada. Isso significa que a vinculação aos precedentes judiciais é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto da mais severa fundamentação.¹⁶⁰

Em adição ao que disse Humberto Ávila, também é necessário reconhecer a possibilidade de alteração do precedente – com uma exceção à vinculação dos precedentes judiciais – em razão da evolução cultural da sociedade. Tecendo explicações às situações que dizem respeito à “revogação” dos precedentes nos ordenamentos jurídicos fundados no *common law* (fala-se em *over ruling* para designar essa situação), Jaldemiro Rodrigues, também reconhecendo a necessidade de que casos análogos sejam tratados de uma mesma maneira¹⁶¹, admite a possibilidade de que os precedentes podem ser alterados – como também

No original: “*Seguras están las personas con certeza de que el Derecho es objetivamente uno, y de que tanto el Estado como los ciudadanos lo acatarán*”.

¹⁵⁷ SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente em el common law**. Madrid: Civitas, 1995, p. 169: “*dichas decisiones generan expectativas a respecto de derechos y obligaciones y las partes orientan sus acciones em función de ellas*”.

¹⁵⁸ Sobre o assunto, vale a menção ao comentário de Renina Helena Costa, para quem é “*inegável o papel da jurisprudência como fonte do direito. Conquanto não ostente a mesma importância que apresenta nos países que adotam o sistema da common law, a jurisprudência tem ganho cada vez mais visibilidade, especialmente no campo tributário, à vista do elevado grau de litigiosidade existente nessa seara*”. (COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito** (...) Op. cit., p. 27)

¹⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 470.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 470.

¹⁶¹ “*A necessidade de se manter coerência, ordem e unidade no sistema, impondo que casos análogos sejam solucionados da mesma maneira (tratlike cases alike), privilegia os princípios da isonomia e da legalidade,*

já se afirmou neste trabalho – quando for verificado erro ou quando tenham se tornado inadequados em razão de mudanças sociais¹⁶². O citado autor ainda afirma que “*os requisitos básicos para a revogação de um precedente são a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica*”¹⁶³, reforçando a necessidade de ser realizado um “*juízo de ponderação, visando evitar instabilidade e surpresas injustas aos jurisdicionados*”¹⁶⁴.

Os precedentes, assim, assumem um papel de fonte para o direito. Não fonte como referência aos atos daqueles sujeitos competentes para despejar proposições prescritivas no ordenamento jurídico, como dito no início deste trabalho, mas como referência às influências externas sofridas pelos intérpretes, neste caso, aquele intérprete que tem a prerrogativa de dizer o que é o direito. Em outras palavras, os precedentes assumem o papel de elevado grau de influência no processo interpretativo e aplicador praticado pelo Poder Judiciário.

Além de oferecer, ao novo julgamento, dados sobre uma das possíveis formas de compreender o fenômeno jurídico – quanto à subsunção de determinados fatos a uma determinada norma jurídica, cujo sentido foi anteriormente atribuído pelo precedente –, a influência dos precedentes funciona como um vetor direcionador em relação aos novos julgamentos. Quer dizer: o precedente não apenas oferece um caminho a ser seguido para interpretação de determinada norma jurídica e aplicação a determinado conjunto factual, mas exerce uma pressão invisível para que os novos julgamentos sigam a mesma linha, salvo identificação de erros ou alteração no contexto social, com o fito buscar a *instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade* para o desenvolvimento das condutas intersubjetivas, como afirmado por Eros Grau.

O precedente, assim como o texto de lei (lei, em sentido lato), é colocado pelo julgador como matéria-prima ao desenvolvimento da análise dos fatos para a interpretação sobre a subsunção (a esses fatos) de determinada norma jurídica. Além de basear-se nos textos legais, o intérprete também deve levar em consideração os precedentes judiciais sobre o

conferindo maior previsibilidade na realização do direito e afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador” (ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal**. Editora Juruá: Lisboa, 2012. p. 61).

¹⁶² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes Vinculantes** (...). Op. cit., p. 94.

¹⁶³ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes Vinculantes** (...). Op. cit., p. 95.

¹⁶⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes Vinculantes** (...). Op. cit., p. 95.

assunto, observando a intensidade variável conforme a força vinculante de cada precedente¹⁶⁵. Por isso, sendo o precedente a fonte de onde também se extraem as diretrizes para a interpretação e a aplicação de determinada norma jurídica, Renato Lopes Becho afirma que “a jurisprudência é tão fonte do direito quanto a legislação”¹⁶⁶. Segundo o citado autor, em contraponto ao conceito de fontes do direito como locais de onde provêm as normas jurídicas – atos promovidos pelos agentes competentes para editarem proposições prescritivas (e.g., fontes materiais¹⁶⁷) –, “serão fontes do direito aqueles locais onde o julgador irá buscar o fundamento usado na solução do litígio”¹⁶⁸.

Aliás, o reconhecimento da jurisprudência – esses resultados interpretativos reiterados alcançados pelos tribunais superiores – como *fonte formal* do direito implica necessariamente o reconhecimento, sem maiores delongas, da sua forte influência para a interpretação de normas a serem aplicadas a casos semelhantes¹⁶⁹.

Por isso, ainda que os precedentes reiterados não se apresentem como força vinculante derivada de uma obrigação legal (e.g., súmula vinculante), eles precisam ser levados em consideração pelos intérpretes do direito. Caso contrário, há grande chance de os resultados interpretativos serem diferentes, reduzindo a previsibilidade em relação à certeza do direito – por isso se disse, no decorrer do primeiro capítulo, que o intérprete deve levar em consideração os enunciados prescritivos emanados de todos os *homens autorizados a criar direito*. É preciso que o processo interpretativo considere o conjunto das chamadas *fontes formais do direito* e dê aos precedentes a importância que precisam ter, sempre com a

¹⁶⁵ Ora, é certo que “quem pretenda entender bem o sentido das normas jurídicas está obrigado a consultar as sentenças dos tribunais” (ROBLES, Gregorio. **Direito Como Texto** (...). Op. cit., p. 53).

¹⁶⁶ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário** (...). Op. cit., p. 124/125.

¹⁶⁷ Renato Lopes Becho, em trabalho que abordou a influência das fontes do direito nas alterações jurisprudenciais, faz breve e valioso estudo sobre o conceito e classificação das fontes do direito. Na oportunidade, e navegando por doutrinas diversas, o citado autor afirma que as fontes materiais “são o conjunto de atividades ou fatos sociais, em seus diversos aspectos, que permitem visualizações sob diversas óticas” e que fontes formais referem-se aos meios pelos quais o direito se manifesta, “envolvendo as leis, a jurisprudência, os usos e costumes, os contratos e a doutrina” (BECHO, Renato Lopes. *As Alterações Jurisprudenciais diante das Fontes do Direito Tributário*. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. Vol. 188. São Paulo: Dialética, 2011. p. 101).

¹⁶⁸ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário** (...). Op. cit., p. 146.

¹⁶⁹ Ao estudar que tipos de fonte podem ser considerados os precedentes judiciais, Thomas da Rosa de Bustamante inicia sua argumentação afirmando que “a teoria positivista do precedente judicial não precisou tecer quaisquer considerações metodológicas sobre a força dos precedentes judiciais porque partiu da premissa, que permaneceu inquestionável durante todo o período de vigência dessa teoria, de que os precedentes constituem fontes do Direito.” (Op. cit., p. 284). Embora o referido autor não adote a teoria positivista do precedente judicial em seu trabalho, essa afirmação parece coerente, pois caso se parta da premissa de que a jurisprudência pode ser considerada como fonte formal do direito, não há como negar certa força vinculante – ainda que não obrigatória – às precedentes judiciais.

preocupação de manter a previsibilidade do ordenamento jurídico, preservando a confiança e a boa-fé da sociedade¹⁷⁰.

Mas, ressalte-se, além de levar em consideração os precedentes judiciais para a tomada de decisões sobre novos casos, há casos, especialmente em nosso ordenamento, em que os precedentes possuem força vinculante, em menor ou maior grau. Tem-se o que pode ser chamado de *precedente com força normativa*, aquele representativo das súmulas vinculantes, cuja observância decorre não só de uma influência externa para a decisão, mas de uma obrigação legal de repetição que tem base no artigo 103-A da Constituição Federal¹⁷¹. Há uma vinculação obrigatória de novos casos a esse tipo de precedente. É o que ocorre com as súmulas vinculantes.

Essa força vinculante dos precedentes tem relação direta com o grau de certeza sobre aquilo que o Poder Judiciário entende ser o direito e, conseqüentemente, influencia a tomada de decisões da sociedade nas duas mais diversas relações intersubjetivas, tendo em vista que se pode confiar em uma previsibilidade sobre o resultado interpretativo de uma (ou de um conjunto) determinada norma jurídica.

Decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal sob o regime da repercussão geral, no âmbito constitucional das controvérsias e decisões do Superior Tribunal de Justiça, sob o regime de julgamento dos recursos repetitivos e no âmbito infraconstitucional, são dois outros exemplos de precedentes que, embora não vinculem da mesma forma que a súmula vinculante, também trazem para a sociedade um alto grau de certeza quanto ao resultado interpretativo do direito.

O mesmo se diga em relação à existência, em matéria tributária, de vários e atuais precedentes semelhantes tanto na primeira, quanto na segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, ainda que ausente manifestação da primeira seção. Haverá previsibilidade em relação

¹⁷⁰ Renato Lopes Becho alerta para o problema da ausência de consideração dos precedentes (ou de qualquer outra fonte formal do direito) na hora de decidir. Diz o citado autor que “*enquanto um julgador olhar para apenas uma doutrina antes de decidir, outro atentar-se para uma obra acadêmica diferente, um terceiro procurar encontrar o fundamento para sua decisão na lei e um quarto nos precedentes judiciais cada um deles poderá produzir um resultado diferente.*” (BECHO, Renato Lopes. *As Alterações Jurisprudenciais diante das Fontes do Direito Tributário*. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. Vol. 188. São Paulo: Dialética, 2011. p. 113).

¹⁷¹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

ao texto de lei no que tange à matéria interpretada. Nessas situações, embora não haja o elemento de vinculação obrigatória (decorrente de lei), tanto as demais instâncias do Poder Judiciário sofrerão forte influência para repetição do resultado interpretativo, quanto a sociedade sentirá confiança e terá a certeza acerca da forma como determinada norma jurídica deve ser aplicada.

Nesse passo, a repetição de precedentes que dão um mesmo sentido interpretativo a uma norma jurídica, aplicando-a desse jeito, pode ser considerada como jurisprudência. Jurisprudência como o conjunto de precedentes que, ao aplicar o direito, regulando relações, atribuem a mesma interpretação a um conjunto de enunciados prescritivos – ou seja, há uma coincidência de resultados da interpretação do *legislador* autêntico, fazendo com que a norma reconhecida inúmeras vezes pelos tribunais de última instância ingresse no núcleo estável de normas jurídicas e confira a certeza e a segurança para que a sociedade desenvolva suas atividades de acordo com o ordenamento vigente.

Aqui, nas palavras de Renato Lopes Becho, “*teremos não só jurisprudência, mas também a possibilidade de identificarmos a norma jurídica, aquele comando que apresente uma autorização, uma proibição ou uma ordem para as pessoas envolvidas*”¹⁷². Pode-se então afirmar que a norma jurídica, fruto do resultado interpretativo do intérprete autêntico, entra e se sobrepõe aos demais resultados interpretativos que formam o núcleo estável de normas jurídicas, permitindo que os partícipes da sociedade tenham maior calculabilidade, em razão do grau de previsibilidade, no exercício das suas relações intersubjetivas.

2.6.1. A força vinculante dos precedentes como critério para alcançar a maturidade dos resultados interpretativos autênticos

A força vinculante dos precedentes possui relação direta com o grau de previsibilidade e calculabilidade em relação à definição do que é o direito em determinada situação. Nesse ponto, é possível estabelecer uma relação análoga entre a classificação dos precedentes judiciais segundo a respectiva força vinculante (quanto à *autoridade do precedente*) e o grau de certeza em relação às condutas que devem ser adotadas e as relações jurídicas que serão constituídas. Ao abordar essa classificação, Jaldemiro Rodrigues propõe o

¹⁷² BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário* (...). Op. cit., p. 125.

estudo de três espécies de precedentes, classificados segundo a autoridade. São elas: (i) obrigatórios ou vinculantes; (ii) relativamente obrigatórios; e (iii) precedentes persuasivos¹⁷³.

Para o citado autor, os precedentes obrigatórios ou vinculantes são aqueles que devem ser seguidos por todos os tribunais de inferior instância e juízos singulares. “São aqueles cuja autoridade vinculante independe de opinião do juiz do caso em julgamento, que deve segui-lo mesmo não estando convencido do seu acerto”¹⁷⁴. Os precedentes relativamente obrigatórios são aqueles

[...] cuja autoridade afirma-se por si e impõem a solução do caso em julgamento, exceto se o tribunal do caso em julgamento tiver uma boa e fundada razão em contrário, hipótese em que pode afastar-se dele, desde que não se desincumba do qualificado ônus argumentativo.¹⁷⁵

Já os precedentes persuasivos, por exclusão, são todos aqueles que não são obrigatórios ou relativamente obrigatórios. Nesse sentido, vale ressaltar que a autoridade do precedente persuasivo “depende da correção intrínseca da decisão, posto que, não estando o juiz do caso em julgamento obrigado a levá-lo em consideração, somente o segue quando está convencido da bondade da posição assumida”¹⁷⁶.

Sob esses aspectos, pode-se afirmar que quanto maior o grau vinculante dos precedentes, maior será o grau de certeza sobre determinada norma jurídica – aquela formulada como resultado da interpretação que deu azo ao referido precedente. Assim, quando maior for o grau vinculante dos precedentes, maior será o grau de previsibilidade e calculabilidade das relações intersubjetivas.

2.6.2. A subsunção dos conceitos de precedente e jurisprudência ao conceito relativo à maturidade dos resultados interpretativos autênticos

Seguindo a linha de argumentação até aqui desenvolvida, é preciso estabelecer a definição sobre o alcance conceitual que deve ser atribuído aos verbetes “precedente” e “jurisprudência” para os fins aos quais se destina este estudo. Ambos, é certo, referem-se a resultados interpretativos da atividade do intérprete autêntico. São importantes para a

¹⁷³ Cf. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes Vinculantes** (...). Op. cit., p. 99.

¹⁷⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes Vinculantes** (...). Op. cit., p. 100

¹⁷⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes Vinculantes** (...). Op. cit., p. 102

¹⁷⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes Vinculantes** (...). Op. cit., p. 103

identificação do sentido que deve ser atribuído às proposições prescritivas do ordenamento jurídico, mas nem sempre, a depender do sentido que lhes é dado, são necessariamente determinantes para que se possa incluir normas jurídicas no que se chamou de *núcleo estável de normas jurídicas*.

O primeiro critério para a definição diz respeito à quantidade de decisões¹⁷⁷ que se referem à interpretação das proposições prescritivas. Quando se fala em precedente, a referência está direcionada a um conjunto unitário de decisões – precedente é igual a decisão. Mas não uma decisão qualquer. Talvez, ao invés de mencionar que o precedente é decisão, para tentar comunicar ao leitor aquilo que realmente se quer dizer, seja melhor afirmar que precedente é *uma determinada* decisão – uma determinada decisão que, necessariamente, está sendo apontada por alguém para demonstrar a semelhança desse precedente (passado) a outro caso específico e determinado que está sendo submetido à apreciação dos tribunais no presente.

Haver precedente sobre determinado caso presente significa, pois, apontar a manifestação passada do tribunal sobre a decisão de um caso semelhante do presente. É dizer, na linguagem comum do exercício da advocacia, “sobre tal caso (referência a um caso semelhante), o tribunal X já decidiu de determinada forma”.

E o que dizer sobre a jurisprudência? Se precedente diz respeito a um conjunto unitário de decisão¹⁷⁸ – a um determinado conjunto unitário indicado para fazer comparações com outros casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário –, jurisprudência é a referência ao conjunto, não unitário e não vazio, de decisões que trataram da interpretação de

¹⁷⁷ Vale a explicação dada por Michele Taruffo: “quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala em jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade ‘faz o precedente’. Ao contrário, nos sistemas – como o nosso – nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que exista uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma” (TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. REpro 199, São Paulo: RT, set., 2011. p. 142).

¹⁷⁸ Carlos Maximiliano anotou que “uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser uniforme e constante” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1991. p. 184).

proposições prescritivas semelhantes e da aplicação de normas jurídicas, não necessariamente coincidentes, sobre fatos semelhantes¹⁷⁹.

É dizer: jurisprudência é o conjunto de decisões sobre a aplicação de uma mesma norma jurídica (pacificidade) ou de mais de uma norma jurídica (não pacificidade) sobre fatos semelhantes. Nesse ponto, *jurisprudência pacífica* é aquele conjunto formado somente por decisões que aplicaram uma só norma jurídica a vários casos semelhantes; *jurisprudência não pacífica*, por sua vez, aquele conjunto de decisões que aplicaram duas ou mais normas jurídicas a vários casos semelhantes.

Assim, diante do critério de quantidade, o precedente refere-se a uma só decisão, enquanto a jurisprudência diz respeito a um conjunto, não unitário e não vazio, mas finito, de decisões coincidentes ou não.

Ambos, o precedente e a jurisprudência, podem fazer chegar ao núcleo estável de normas jurídicas, com função de sobreposição sobre todas as demais normas lá constantes, normas jurídicas decorrentes da interpretação autêntica. Apesar da diferença em relação ao critério numérico, precedente e jurisprudência são valiosos para a determinação da norma jurídica que deve se sobrepor às demais no núcleo estável e, dessa forma, servir de guia para que os indivíduos possam planejar suas condutas com a certeza e a confiança acerca das consequências que suas ações e omissões podem ter.

No entanto, nem todo precedente, nem toda jurisprudência oferecerão aos indivíduos a certeza e a confiança que se espera do ordenamento. Em outras palavras, nem todo precedente, nem toda jurisprudência darão azo à inclusão de norma jurídica, com as características de sobreposição, no núcleo estável de normas jurídicas. Explica-se.

¹⁷⁹ Sobre a ideia de conjunto, Evaristo Aragão Santos escreveu: “*importante perceber, aqui, que a acepção em torno do termo ‘jurisprudência’ traz intrínseca a ideia de conjunto. Essa me parece ser a nota distintiva essencial: a pluralidade de decisões. Desde a massa de pronunciamentos produzida pelo Judiciário até um grupo de manifestações a respeito de determinado tema o que temos, sempre, é um conjunto de decisões. Quando todas espelham um mesmo entendimento a respeito de determinada questão, comumente se adjetiva essa linha constante de entendimento de ‘corrente’ jurisprudencial ou de ‘jurisprudência dominante’. Já a acepção do termo precedente judicial, é substancialmente distinta. (...) Há, aqui, portanto, uma distinção de caráter quantitativo: enquanto o termo jurisprudência designa um conjunto de decisões, o termo precedente espelha, por essência, a ideia de uma decisão pronunciada pelo Judiciário. Essa seria, por assim dizer, uma ‘acepção ampla’ do termo precedente judicial. Designa toda e qualquer decisão com aptidão de influenciar na solução de casos futuros. Aliás, estamos acostumados a ouvir, sem maiores rigores técnicos, que determinado tribunal tem precedente (ou precedentes) neste ou naquele sentido” (SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT: 2012. p. 142/143).*

O precedente, o conjunto unitário de uma decisão, terá essa característica quando estiver coberto pelo manto da obrigatoriedade – é o precedente *vinculante* como dito na classificação acima –, independentemente de ser único e da eventual pacificação ou não de decisões anteriores. É aquele que segundo o próprio ordenamento deve ser visto como o que traduz a certeza em mais alto grau sobre a definição do sentido que deve ser dado às proposições prescritivas, quando da respectiva aplicação normativa a um determinado caso. Exemplo claro é a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal ou de decisões tomadas sob o regime da *repercussão geral*.

Entretanto, nem todo precedente tem essa característica da obrigatoriedade. Existem precedentes que possuem relativa força vinculante. É o caso do precedente decorrente do julgamento de um caso sob o regime dos recursos repetitivos, por parte do Superior Tribunal de Justiça. Nesses casos, não se tem uma vinculação *forte*, tal como existe em relação àqueles exemplos dados sobre os precedentes vinculantes. Há um direcionamento no sentido de que a norma jurídica refletida por aquele precedente pode ser aplicada pelos tribunais de instância inferior, mas não há um dever de observância por esses tribunais, assim como há, por exemplo, quando se trata de precedente decorrente de julgamento pelo rito da repercussão geral. Essa característica de vinculação relativa pode gerar algum tipo de questionamento sobre a inclusão, com caráter de sobreposição, de uma norma jurídica no núcleo estável das normas jurídicas. É que diversos fatores podem ainda contribuir para a incerteza quanto à determinação da norma jurídica manifestada por esse precedente relativamente vinculante, por exemplo: (i) o fato de o precedente apresentar ou não fundamento suficiente; (ii) o fato de o resultado interpretativo final não ter sido acatado por todos os julgadores do plenário; ou (iii) o fato de ter havido multiplicidade de fundamentação jurídica para determinação do resultado da interpretação de cada julgador, de modo que o caso tenha sido julgado por *voto médio*.

Sobre o assunto, fazendo a diferenciação entre os precedentes vinculantes e relativamente vinculantes (por ele chamados de *relativamente obrigatórios*), Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. afirma que é clara e evidente a diferença em relação ao grau de autoridade das decisões, por exemplo, em repercussão geral (do Supremo Tribunal Federal) e aquelas decididas pelo rito dos recursos repetitivos (do Superior Tribunal de Justiça). Assim, explica:

[...] enquanto as decisões do primeiro [do Supremo Tribunal Federal] têm de ser rigorosamente observadas, sob pena de cassação ou reforma liminar do acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-B, §4º), as decisões do

segundo [do Superior Tribunal de Justiça] não dispõem de tão forte poder, já que na hipótese de serem desconsideradas, ensejam apenas o exame de admissibilidade do recurso especial e sua remessa ao STJ (art. 543-C, §8º).¹⁸⁰

Entretanto, ainda que não possa ser considerado vinculante, porque não há meios de *cassação* (e.g., reclamação) das futuras decisões contrárias dadas por tribunais de inferior hierarquia, não se pode desprezar a decisão dada pelo plenário de uma corte que tem a competência de dizer o que é o direito, em última instância, sobre questões infraconstitucionais e, ainda, sob um rito que, processualmente, tem o objetivo de evitar que novos casos semelhantes cheguem à sua apreciação, pois a orientação é que eles sejam finalizados pelas cortes de inferior instância, justamente com base no precedente da corte superior.

E, ainda que tal precedente, de relativo efeito vinculante, possa deixar de ser acatado pelos tribunais de instância inferior, é certo que, ao fazer isso, o tribunal não se desincumbirá de promover um alto e qualificado grau de ônus argumentativo; a decisão desse tribunal ainda será submetida à apreciação do próprio órgão judiciário que proferiu o precedente, sob o rito dos recursos repetitivos. Assim, não se pode desautorizar o ingresso da norma jurídica refletida por esse tipo de precedente no núcleo estável de normas jurídicas.

Qualquer outro precedente que não seja vinculante (relativa ou absolutamente), por si só e enquanto conjunto unitário de determinada decisão, não poderá ser tomado como fundamento para a inserção de normas jurídicas no núcleo estável.

Em relação à jurisprudência, referida nos parágrafos anteriores, foi dito que representa um conjunto finito, não vazio e não unitário, de decisões que podem refletir ou não um mesmo entendimento sobre a aplicação de determinada norma jurídica. Mencionou-se a jurisprudência pacífica e a jurisprudência não pacífica. Os precedentes que compõem esse conjunto de jurisprudência podem ser classificados como precedentes persuasivos, mas não vinculantes (seja de forma absoluta ou relativa). Não ser vinculante é o que os torna persuasivos.

O caráter vinculante, como dito, é o que permite ter maior certeza sobre a norma jurídica que deve ser aplicada aos casos semelhantes. Entretanto, quando não se tem o caráter vinculante, essa avaliação sobre a certeza acerca da norma jurídica que será aplicada pelos

¹⁸⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes Vinculantes** (...). Op. cit., p. 102/103.

tribunais acaba sendo feita com maior dificuldade. Desde já, afasta-se da certeza e previsibilidade o conjunto que se classificou de jurisprudência não pacífica. Quando dois ou mais sentidos são atribuídos às mesmas proposições prescritivas em face de casos semelhantes, não há como saber qual a norma jurídica que deve ser reconhecida como correta. Não há que se falar em inclusão de norma jurídica para regular aquele determinado caso, ao qual os tribunais aplicam soluções distintas. Falta, como se disse, maturidade (no sentido de pacificidade) desses resultados interpretativos autênticos para o ingresso no núcleo estável de normas.

Nessas situações, relativas à jurisprudência não pacífica, não há como reclamar a aplicação de determinada norma jurídica manifestada pelos tribunais se, concomitantemente, os mesmos tribunais também construíram outra (ou outras) normas jurídicas a fim de regular casos semelhantes. Esses casos, apesar da afronta à segurança jurídica, são corriqueiros e decorrem da própria sistemática de um ordenamento que tem como finalidade buscar a uniformização. O ordenamento trabalha com o ideal de transformar a jurisprudência não pacífica em precedentes vinculantes¹⁸¹. Enquanto isso não acontece, decisões conflitantes serão postas no ordenamento até que haja uma definição sobre aquela norma jurídica que deve ser seguida.

De outro lado, ainda que ausente o caráter vinculante, é possível encontrar na *jurisprudência pacífica* a certeza e a confiança que um Estado de Direito reclama. São situações nas quais os tribunais, de forma reiterada e ao longo do tempo, mesmo sem a criação de um precedente vinculante, repetem o mesmo posicionamento sobre determinada norma jurídica, quando da aplicação dessa norma a casos semelhantes. A repetição desses precedentes – aqui, as decisões reiteradas que o carregam em repetição – pode levar a respectiva norma jurídica ao núcleo estável de normas, em sobreposição às demais.

Indo aos exemplos, é possível dizer que as decisões tomadas pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, unificando o entendimento da Primeira e da Segunda Turmas – competentes para julgamento de matérias tributárias – sobre determinada matéria tributária de ordem infraconstitucional, devem ser consideradas como decisões que asseguram a certeza sobre o posicionamento do órgão que tem o dever e o poder de dizer, sobre aquela matéria,

¹⁸¹ No ordenamento processual brasileiro, essa finalidade pela busca da uniformização é clara. Basta atentar para as mais recentes modificações nas normas constitucionais e infraconstitucionais (*e.g.*, criação da súmula vinculante e dos institutos da repercussão geral e dos recursos repetitivos).

qual norma jurídica deve ser aplicada. A partir dessas decisões, é prever como se deve agir e calcular as atitudes que serão tomadas pelos indivíduos. Apesar das decisões conflitantes, possivelmente existentes nos tribunais de hierarquia inferior e da falta de qualquer efeito vinculante, essas decisões representam certeza sobre a norma jurídica que deve ser reconhecida como tal.

Pode-se afirmar que as decisões reiteradas, no mesmo sentido, sobre a mesma matéria infraconstitucional de ordem tributária, proferidas pela Primeira e pela Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça, ainda que não tenha havido manifestação da Primeira Seção, também devem ser tomadas como certas para fins de definição de determinada norma jurídica. Ora, se a competência para o julgamento daquela matéria é unicamente dessas Turmas; se a Primeira Seção é formada pela união dos Ministros que compõem essas turmas; e se ambas as Turmas aplicam a mesma norma jurídica a casos semelhantes, deve-se concluir que há pacificidade em relação à aplicação de determinada norma jurídica suficiente para entender que tal norma jurídica faz parte daquele núcleo estável de normas, oferecendo aos indivíduos segurança em relação à aplicação do direito.

O mesmo pode ser dito das decisões reiteradas, no mesmo sentido, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal antes do advento dos julgamentos pelo rito da *repercussão geral* e das súmulas (não vinculantes) editadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

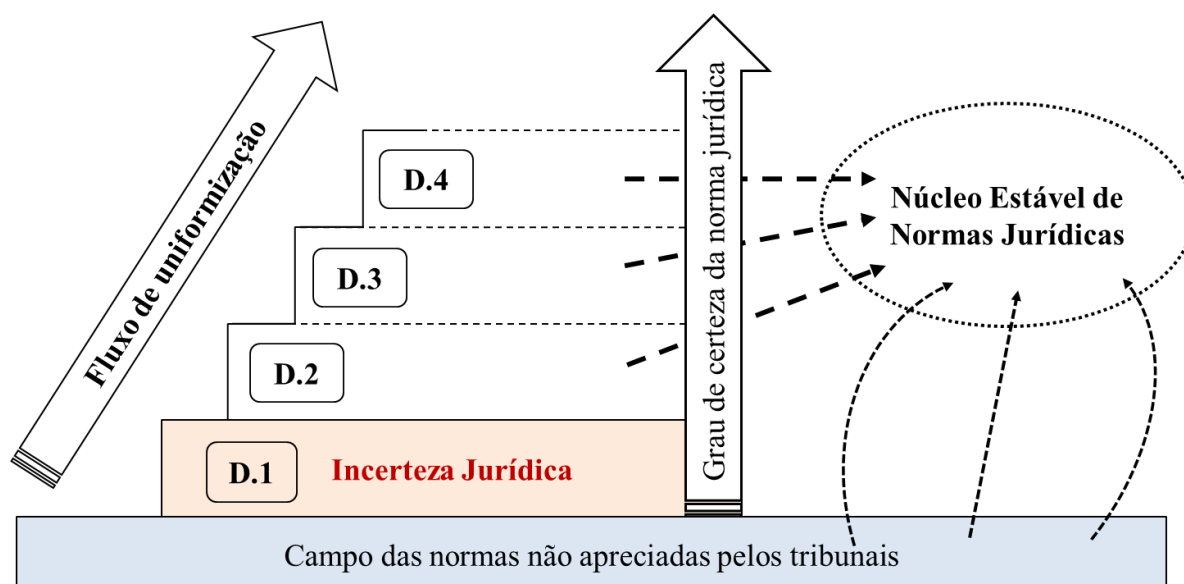
2.6.3. O “Fluxo de Uniformização”: procurando critérios objetivos para determinar a maturidade dos resultados interpretativos autênticos

Determinar a “maturidade”, da forma como este substantivo está sendo utilizado neste trabalho, implica o estabelecimento de critérios para verificar o momento em que determinado entendimento judicial (sobre a aplicação de determinada norma jurídica extraída a partir da interpretação de determinado texto normativo) pode ser considerado “consolidado”, “pacífico” ou “definitivo”. Tendo esses qualificativos, o entendimento judicial, enquanto resultado interpretativo autêntico, passa a compor – com força de sobreposição aos demais resultados interpretativos – o núcleo estável de normas jurídicas.

É bem verdade, porém, que determinar “maturidade” diante desse contexto é tarefa que apresenta um alto grau de subjetividade, o que é prejudicial para qualquer estudo. A subjetividade pode levar o intérprete a compreender o objeto estudado a partir de interpretações totalmente antagônicas e polarizadas. Pode-se compreendê-lo desde a forma mais justa e coerente até a forma mais prejudicial e arbitrária. Por isso, é necessário eleger métodos e critérios que permitam uma análise dentro de um campo de interpretação de menor amplitude.

Diante desse problema causado pela subjetividade, é de bom alvitre buscar critérios mais objetivos para minimizar excessos e distorções quando da procura e identificação dos resultados interpretativos autênticos maduros.

Assim, traçando uma relação entre o caráter vinculante e persuasivo dos precedentes e o grau de certeza e confiabilidade em relação à norma jurídica, levando em conta, ainda, a maturidade dos resultados interpretativos autênticos enquanto característica necessária para a inclusão das normas jurídicas no núcleo estável de normas, estabelece-se uma diretriz, chamada de “fluxo de uniformização”, que pode ser demonstrada graficamente da seguinte forma:



O “fluxo de uniformização”, enquanto meio para reduzir o grau de subjetivismo na determinação da “maturidade” dos resultados interpretativos autênticos, é o caminho de aperfeiçoamento da atividade jurisdicional, no sentido de que, a cada etapa, o jurisdicionado passa a ter maior grau de certeza em relação ao sentido que deve ser dado às proposições

prescritivas, considerando que tal sentido está sendo dado pelo intérprete autêntico, aquele que tem a competência para dizer o que é o direito. Esse fluxo está representado acima por uma escada que leva a alguns pavimentos. A cada degrau superado, maior o grau de certeza sobre a interpretação das proposições prescritivas aplicadas a determinado caso concreto, ou seja, maior a certeza com relação à norma jurídica a ser aplicada.

No primeiro degrau (D.1) estão as decisões que fazem parte do conjunto da jurisprudência *não pacífica*. Nesse pavimento, não há certeza sobre a aplicação da norma jurídica. Há duas ou mais interpretações que podem ser adotadas. Não há ingresso de norma jurídica no núcleo estável de normas jurídicas.

Em D.2, superado o degrau D.1, estão as decisões correspondentes à jurisprudência *pacífica*, conjunto que contempla as decisões com caráter persuasivo; estas, apesar de não vinculantes, refletem um alto grau de certeza em relação à norma jurídica que deve aplicada aos casos semelhantes. Aqui, já se pode considerar que a norma jurídica refletida por essas decisões já está apta a ingressar no núcleo estável de normas jurídicas.

Em D.3, acham-se os precedentes relativamente vinculantes. E, em D.4, os precedentes vinculantes. Nos dois casos, no segundo mais do que no primeiro, estão os maiores graus de certeza em relação à norma jurídica e, assim, as normas jurídicas refletidas nas respectivas decisões ingressam no núcleo estável de normas, em sobreposição às demais.

Assim, tanto os precedentes quanto a jurisprudência podem servir de base para justificar o ingresso de normas jurídicas no núcleo estável de normas jurídicas, de modo que a alteração de interpretação da norma jurídica refletida por esses precedentes e pela jurisprudência só poderá ser considerada se forem resguardadas as relações jurídicas passadas e todas as condutas intersubjetivas praticadas antes da alteração, em relação às quais só se poderá aplicar aquela norma jurídica refletida pelos citados precedentes e pela jurisprudência, sob pena da quebra da confiança legítima dos indivíduos no próprio ordenamento jurídico.

O efeito vinculante e persuasivo das decisões judiciais, não se pode perder de vista, está intimamente ligado à certeza, confiança, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento. Além de representar a realização de prognósticos mais exatos em relação aos processos judiciais e administrativos, os indivíduos terão mais certeza sobre a norma jurídica que deve ser aplicada – e que será aplicada quando da realização de determinada conduta. O fluxo de uniformização visa garantir a redução das incertezas, promovendo a estabilidade da

ordem jurídica e fomentando a eficácia social esperada.

Como acontece em todos os ramos do saber, sempre há um conjunto de conhecimentos pré-constituído, porquanto acumulado ao longo do tempo e das experiências passadas (*e.g.*, a água ferve quando alcançada determinada temperatura), o qual é tomado como ponto de partida certo para averiguação, estudo e desenvolvimento do conhecimento sobre novas experiências semelhantes (*e.g.*, se as condições permanecerem as mesmas, sempre que a água for aquecida àquela determinada temperatura, irá ferver). O resultado do aquecimento da água já é conhecido. Não é preciso fazer novos testes sempre a cada nova experiência. Já se parte desse pressuposto para o desenvolvimento do conhecimento, a não ser que as condições físicas externas sejam alteradas.

Os precedentes vinculantes e a jurisprudência pacífica devem funcionar como conhecimento pré-constituído. E não só para o estudo do direito, mas para nortear o desenvolvimento das condutas de todos os indivíduos. Assim como os indivíduos aquecem a água porque sabem que ela irá ferver, devem saber, de antemão, as consequências jurídicas das suas condutas.

Portanto, se não mudarem as condições físicas externas, a água irá ferver; até que sejam alterados os precedentes e a jurisprudência, sempre que uma conduta for praticada, gerará as consequências decorrentes da norma jurídica refletida pelos precedentes vinculantes e pela jurisprudência. Como foi dito, não se pode esquecer que a norma jurídica não se confunde com o texto legal de onde se extraem as proposições prescritivas¹⁸². A norma jurídica é o resultado da interpretação e, no contexto deste tópico, o resultado da interpretação das proposições prescritivas e da aplicação sobre condutas intersubjetivas, promovidas pelo intérprete autêntico.

¹⁸² Nesse sentido, vale a lição de Ricardo Lobo Torres, para quem, “a interpretação, embora se vincule ao texto da norma, nele não se deixa aproximar, eis que o texto da norma não se confunde com a própria norma” (TORRES, Ricardo Lobo. “Interpretação e Integração da Lei Tributária” (...) Op. cit., p. 335)

CAPÍTULO 3 – SEGURANÇA JURÍDICA, ELEMENTO FUNDAMENTAL A SER PERSEGUIDO PELO DIREITO

3.1. Previsibilidade, certeza e segurança extraídas do núcleo estável de normas jurídicas

O vocábulo “estável”, que foi usado para adjetivar o núcleo de normas jurídicas tratado no capítulo anterior, qualificando-o, tem a missão de dar a ideia de *previsibilidade*: estabilidade, como o próprio vocábulo sugere. A *previsibilidade* é idealizada em relação à consequência jurídica que decorrerá de determinado fato previsto no antecedente de uma determinada norma jurídica, o que dá ao indivíduo a tranquilidade para poder planejar as suas condutas, sabendo, de antemão, as consequências jurídicas que delas advirão¹⁸³.

A estabilidade – enquanto conjunto, núcleo, de normas jurídicas descobertas a partir de resultados interpretativos coincidentes – é essencial para a convivência harmônica dentro de uma sociedade, claro, regulada pelo direito. Essa estabilidade “normativa” – adjetivo este atribuído ao que é refletido a partir da verificação do núcleo estável de normas jurídicas – é tão importante para o Estado que se pretenda¹⁸⁴ ser “de Direito” como a própria existência deste Estado. A estabilidade normativa, encartada na *previsibilidade* em relação às consequências jurídicas, está diretamente ligada ao alcance da *segurança* jurídica.

¹⁸³ Nesse sentido, anotou Héctor B. Villegas, que reconhece que “*As doutrinas atualmente dominantes tendem a considerar como a essência da segurança jurídica, a susceptibilidade de previsão objetiva por indivíduos para suas próprias situações jurídicas, de modo que eles possam ter uma precisa expectativa de seus direitos e deveres, dos benefícios que lhes serão outorgados ou das imposições que irão suportar. Assim, a segurança jurídica se expressa praticamente na previsibilidade da ação governamental*” (VILLEGAS, Héctor B. “Principio de Seguridad Jurídica en la Creación y Aplicación del Tributo. (...) Op. cit., p 7-8. No original: “*Las doctrinas actualmente dominantes tienden a considerar como esencia de la seguridad jurídica, la susceptibilidad de previsión objetiva por los particulares, de sus propias situaciones jurídicas, de modo tal que puedan tener una precisa expectativa de sus derechos y deberes, de los beneficios que les serán otorgados o de las cargas que habrán de soportar. Así, la seguridad jurídica se expresa prácticamente en la previsibilidad de la actuación estatal*”).

¹⁸⁴ Nesse sentido, vale o ensinamento de José Souto Maior Borges: “*um dos princípios fundamentais sobreleva, porque não deve, a pretexto algum, ser desconsiderado (desaplicado). Trata-se da segurança jurídica, sem a qual o Brasil não poderia sequer se definir com Estado Democrático de Direito*” (BORGES, José Souto Maior. “Segurança jurídica: sobre a distinção entre competências fiscais para orientar e atuar o contribuinte”. *Revista de Direito Tributário*, n. 100, São Paulo: Malheiros, p. 19).

Estabilidade e segurança andam juntas. A estabilidade decorre da segurança, e a segurança não se faz sem a estabilidade¹⁸⁵. Não é razoável pensar em segurança em face de um ordenamento instável – no qual as normas jurídicas, o resultado interpretativo sobre o texto normativo, mudam frequentemente e, ainda, sem preocupação alguma com condutas passadas, adotadas segundo interpretações dadas à época. Aliás, o direito existe para satisfazer a necessidade humana de segurança e de certeza em sua vida social.

A estabilidade da forma como aqui está sendo proposta, vale reforçar, não significa engessamento em relação aos resultados interpretativos normativos, o que levaria ao extremo de um ordenamento jurídico imutável; isso acabaria por comprometer a sua própria existência. Entretanto, a estabilidade normativa deve ser considerada no tempo, de modo que as condutas realizadas no âmbito dessa estabilidade normativa devem submeter-se ao resultado interpretativo que se tinha como certo no momento da sua realização. Eis a importância de se estudar a segurança jurídica e os mecanismos de proteção, necessariamente, para o desenrolar deste trabalho, em relação à sobreposição de novos resultados interpretativos autênticos sobre aqueles já existentes no núcleo estável de normas jurídicas. Muito embora a estabilidade não possa ser reconhecida como sinônimo de imutabilidade, impõe-se, para a proteção da segurança jurídica, o atendimento das expectativas normativas geradas nos indivíduos que adotaram condutas na certeza de que estavam agindo segundo os resultados interpretativos normativos autênticos inseridos no núcleo estável de normas jurídicas.

Nesse ponto, os mecanismos que merecem atenção serão adiante estudados, os quais dão sustentação e permitem o alcance da segurança jurídica, na hipótese de mutação, no tempo, do conteúdo da estabilidade normativa. São eles a liberdade, a propriedade e a igualdade, enquanto princípios garantidores da irretroatividade de novos resultados interpretativos autênticos que impliquem a alteração do conteúdo do núcleo estável de normas jurídicas para nova ou maior exigência de tributos.

¹⁸⁵ “*A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição*” (Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 22)

3.2. A subsunção do conceito de princípios ao conceito de norma jurídica

O direito existe para regular as condutas intersubjetivas, atribuindo a estas condutas os valores que a sociedade pretende ver realizados, motivo por que é possível extrair das normas jurídicas os valores que nelas se acham encravados.

Cada norma jurídica possui uma intensidade diferente desse componente axiológico. Há, portanto, preceitos que são dotados de uma carga grandiosa de valor e que influenciam significativamente outros preceitos normativos que fazem parte do mesmo ordenamento jurídico.

Princípio, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, é:

[...] o verdadeiro alicerce do ordenamento jurídico, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo.¹⁸⁶

Os princípios são, pois, os mandamentos nucleares do sistema do direito positivo. Enquanto alicerce do sistema do direito, os princípios detêm uma forte carga axiológica, pois fixam importantes limites objetivos e valores que determinam o rumo que cada ordenamento deve seguir. No dizer de Roque Antônio Carrazza, “os princípios são as diretrizes, isto é, os nortes, do ordenamento jurídico”¹⁸⁷.

Não há como negar que todas as normas jurídicas estão sempre carregadas de valores – aliás, sendo o direito um bem cultural, essa conclusão é decorrência lógica. Entretanto, lembra Paulo de Barros Carvalho, “esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma”¹⁸⁸. Sem a pretensão, neste momento, de classificar hierarquicamente os princípios, é importante dizer que existem, em nosso ordenamento, duas espécies de princípios: (i) princípios carregados de alto teor axiológico e (ii) princípios caracterizados por emanarem limites objetivos, embora estejam postos para significar seu próprio valor. Estes últimos são facilmente identificados quando da simples leitura do seu enunciado prescritivo. Dessa análise preliminar, já é possível verificar a finalidade específica, direta e objetiva do enunciado

¹⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 841-842 (texto citado entre parênteses aditado).

¹⁸⁷ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª ed. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 30.

¹⁸⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 191.

prescritivo. Por outro lado, isso não é possível quando se depara com princípios que norteiam o ordenamento pelo seu alto grau axiológico. Da análise dos enunciados prescritivos pelos quais estes princípios são materializados não se consegue identificar, de plano, uma finalidade objetiva e direta. É necessário recorrer ao campo da axiologia para identificar qual a função do princípio no ordenamento jurídico. Ainda lançando mão da doutrina do citado autor:

[...] existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativamente influência sobre grandes porções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos segmentos. Em Direito, utiliza-se o termo “princípio” para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada, igualmente, para significar o próprio valor.¹⁸⁹

Recorrendo à explicação exemplificativa¹⁹⁰, pode-se identificar o princípio da irretroatividade tributária como sendo caracterizado por impor um limite objetivo dentro do ordenamento: não será possível exigir tributo em relação a fatos acontecidos antes da vigência da lei que criou ou majorou o referido tributo. Isso quer dizer, de forma objetiva, que só é possível tributar fatos que ocorrerem após a vigência da lei. Seguindo a forma exemplificativa de expor, encontra-se, no princípio da segurança jurídica, um enunciado prescritivo de alto teor axiológico. De sua análise superficial não é possível identificar a sua amplitude ou os seus contornos. É necessário que seja realizado um estudo aprofundado, levando em consideração todas as variáveis relativas ao objeto da análise, para identificar o grau de valor que será atribuído a ele, quando da interpretação da situação.

Seja como valor ou como limite objetivo, fato é que os princípios não deixam de orientar a compreensão do fenômeno jurídico, traçando diretrizes fundamentais à interpretação coerente do ordenamento jurídico e influenciando na criação, interpretação e aplicação de normas jurídicas. Reconhecendo a importância dos princípios e ressaltando que são determinantes para a própria compreensão da ordem jurídica, Renato Lopes Becho anota que eles “*são decorrências lógicas*”, destacando que “*a razão nos leva a reconhecer os princípios como pontos cardiais, iniciais, referenciais*”. São, na conclusão do citado autor, “*imprescindíveis para a compreensão de uma ordem, de uma sistematização*”¹⁹¹.

¹⁸⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. (...) Op. cit. p. 191/192.

¹⁹⁰ O exemplo é sempre importante, quando bem utilizado, para a descrição de qualquer objeto do conhecimento.

¹⁹¹ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130.

Ronald Dworkin¹⁹² observa que existem duas classes que fazem parte do conjunto das normas jurídicas, quais sejam: a classe das regras e a classe dos princípios. Sobre essa classificação, ressaltam-se importantes premissas no tópico adiante. As regras seriam caracterizadas pela aplicação imediata e total. Elas deverão ser aplicadas por completo, quando for verificada a situação prevista no mundo dos fenômenos sociais. É o *tudo ou nada*: ou elas se aplicam, ou não.

Já os princípios estariam longe de ser aplicados imediatamente. A verificação da situação prevista no mundo dos fenômenos sociais não seria suficiente para desencadear sua aplicação imediata e completa, uma vez que não haveria uma enunciação determinada. Inevitável aceitar que existe a identificação de um caminho que deve ser seguido, porém não há a prescrição objetiva de qual decisão deve ser tomada. Além do mais, poderiam existir outras normas, da mesma classe dos princípios, que apontem caminhos diferentes, o que obrigaria a tomada de decisão por parte do intérprete. Assim, a classe dos princípios seria caracterizada por “(...) *uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância*”¹⁹³.

Fazendo um paralelo com aquilo que Paulo de Barros Carvalho escreveu, nota-se que o “princípio”, no entender do autor norte-americano, equivale àquilo que o autor brasileiro entende como “valor” (a norma que possui um alto teor valorativo); em contrapartida, o que este último entende por princípios que traçam limites objetivos é descrito, pelo primeiro, como regras de aplicação imediata e completa.

Dentro da classificação proposta pelo autor Paulo de Barros Carvalho, é possível verificar quatro graus de objetividade dos preceitos normativos que são encarados como princípios. São eles:

[...] a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como o limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros temos “princípio” como “norma”; enquanto nos dois últimos,

¹⁹² “A diferença dos princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” DWORIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. [Trad. Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 42.

“princípio” como “valor” ou como “critério objetivo”.¹⁹⁴

Paulo Ayres Barreto demonstra a preocupação em solucionar eventuais conflitos entre eles ao observar que *“a positivação de valores leva o intérprete, inexoravelmente, ao campo das análises subjetivas, tão próprio à ocultação das influências de cunho ideológico daquele que se propõe a descrever o Direito”*¹⁹⁵.

Ainda segundo o citado autor, essa análise subjetiva dos enunciados prescritivos dos princípios que encerram valores daria ao ente competente para exigência dos tributos um campo muito amplo de atuação, dificultando o controle de seus atos. *“O alto grau de abstração de uma prescrição constitucional pode, a depender do direcionamento que a ela se dê, ser a solução de todos os problemas ou a causa de todos os males”*¹⁹⁶. Assim, a dificuldade em aplicar o princípio (valor) da segurança jurídica, não fosse a existência do princípio (limite objetivo) da irretroatividade, por exemplo. Não existisse na Constituição Federal o limite objetivo relativo ao princípio da irretroatividade, certamente o princípio da segurança jurídica seria interpretado de forma diferente pelo sujeito competente para a criação dos tributos, e pouco restaria aos contribuintes para contestar os atos instituidores dos tributos¹⁹⁷.

A julgar pelo cotejo do princípio da segurança jurídica e do princípio da irretroatividade, parece que o próprio texto constitucional se preocupou em atribuir limites objetivos para a aplicação dos princípios que encerram valores. Isso também foi percebido por Paulo Ayres Barreto:

Consciente de que, quanto mais aberto for o conteúdo normativo, mais difícil será o seu controle e, conseqüentemente, menos eficaz a dicção constitucional, o legislador constituinte de 1988 cunhou Texto Constitucional que estabelece os princípios estruturantes do nosso sistema jurídico e que fixa uma série de regras delimitadoras do sentido e alcance desses princípios, a fim de permitir um maior controle dos fins almejados. Quisesse trilhar caminho diverso, teria o legislador constituinte de 88 optado

¹⁹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192.

¹⁹⁵ BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições...* Op. cit., p. 15.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 20.

¹⁹⁷ Sobre o assunto, afirma HUMBERTO ÁVILA em seu *Teoria dos Princípios*: *“a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas no todo e os princípios só na medida máxima. (...) A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da interpretação: os princípios não determinam diretamente a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à produção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma”* (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 63).

por Carta de caráter puramente principiológico, em relação à qual só haveria conflitos ou colisões entre normas de diferentes hierarquias. Não foi esse o caminho escolhido. Como corolário, entendemos ser de fundamental importância, em face da atual Carta Constitucional, reconhecer que os princípios positivados estão submetidos às regras insertas no mesmo Texto, que lhe darão feição mais específica, permitindo um melhor controle de sua realização.¹⁹⁸

A limitação oferecida pelo próprio texto constitucional aos valores emanados dos princípios é importante, como se viu, para prevenir os abusos. Conclui-se, então, que princípios dispostos no sistema do direito têm a função de conformar o exercício das atividades executivas, legislativas e judiciárias, traçando os limites de atuação, quando da manipulação das estruturas normativas para regular as relações intersubjetivas.

3.2.1. Regras, princípios e normas jurídicas

A premissa deste trabalho está ligada à afirmação de que o texto da lei, aquilo que está implícito e explícito, e a norma jurídica são coisas diferentes. Nesse sentido, poder-se-ia questionar a prestimosidade da classificação das normas em regras e princípios (vide tópico anterior, sobre a doutrina de Ronald Dworkin) para a elucidação das proposições deste trabalho. Como se sabe, não cabe questionar a validade das classificações. Não há classificação certa ou errada. Elas são úteis ou inúteis àquilo que se pretende descrever.

No presente caso, é coerente pensar que a referida classificação entre regra e princípio não se mantém útil num primeiro momento, notadamente diante da distinção entre texto e norma, que aqui é feita. Considerando que a norma jurídica é resultante de um processo interpretativo que leva em consideração os textos legais e, não menos importante, os diversos fundamentos que alicerçam o ordenamento jurídico, tem-se que os princípios e as regras, escritos ou não, formam a matéria-prima do intérprete para a construção de uma norma jurídica. Em sentido semelhante, Renato Lopes Becho trabalha com a premissa de que “*os princípios e as regras não são normas, mas componentes, veículos normativos, partes das normas*”¹⁹⁹. As prescrições normativas do nosso ordenamento, sejam elas classificadas como princípios ou regras e independentemente da carga valorativa que possam ter, dão ao

¹⁹⁸ Ibidem, p. 20-21.

¹⁹⁹ BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraivas, 2009. p. 133.

intérprete elementos para a construção da norma jurídica, mas não são a norma jurídica própria.

Normas, portanto, não são os textos nem o conjunto deles. Normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos; por isso, afirma-se que os dispositivos constituem o objeto da interpretação, e as normas, no resultado dessa interpretação²⁰⁰.

Reconhece-se, entretanto, a classificação das prescrições normativas entre regras e princípios, mas não a das normas jurídicas. A norma, ainda segundo Renato Lopes Becho, é *“o todo; os textos legais são o primeiro suporte sobre os quais o intérprete se debruçará. Esses textos podem ser classificados como princípios ou como regras. Ambos são imprescindíveis para se alcançar a norma, ou seja, a compreensão do comando jurídico”*²⁰¹.

O intérprete, seja ele social, científico, executivo ou autêntico, diante de um caso posto à sua análise, faz uma seleção dos preceitos legais que entende necessários à elucidação desse caso e, diante de uma análise sistemática do ordenamento – considerando em igual medida todos os princípios e regras relevantes –, identifica a norma jurídica que deverá ser usada para a solução do referido caso. Norma que será composta ou terá como fundamento de composição princípios, regras ou princípios e regras²⁰².

Nas palavras de Humberto Ávila, é exatamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos *“que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio”*. O referido autor continua: *“essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo intérprete”*. É a partir dessa construção do intérprete que se tem a norma jurídica.

No processo interpretativo, as chamadas regras e os chamados princípios atuam como um primeiro resultado de significações geradas a partir da leitura do texto e do

²⁰⁰ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30.

²⁰¹ Ibidem, p. 133.

²⁰² Luís Roberto Barroso, partindo de uma concepção de concretização do direito, a partir de uma interpretação constitucional – leva em conta a interação entre o sistema, o intérprete e o problema posto para resolução –, explica que *“embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma, em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência”* (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional** (...) Op. cit., p. 362).

confronto dessa leitura com o ordenamento. As regras e os princípios, ainda assumindo a classificação proposta por Ronald Dworkin, não são espécies de um gênero “normas jurídicas”, mas podem ser vistos, nesse processo interpretativo para a construção da norma jurídica, como *proposições prescritivas*, no sentido que Paulo de Barros Carvalho atribui a essa expressão.

Esse autor, com fundamento na Lógica – que entende ser parte da Filosofia –, faz uma diferenciação entre enunciado – enquanto “*produto da atividade psicofísica de enunciação*”²⁰³ – e proposição. Esta seria o *conteúdo significativo* daquele. Nesse sentido, adverte: “*as proposições não são enunciados, e os elementos das proposições e das formas de proposições não são palavras nem expressões linguísticas, mas aquilo que significam*”²⁰⁴. Nesse sentido, a significação que se pode extrair dos textos (enunciados) consubstancia um juízo – é o que *aparece em nossa mente quando associamos ideias e somos capazes de julgar afirmativamente ou negativamente tal associação*”²⁰⁵.

Ainda no sentido atribuído por Paulo de Barros Carvalho e utilizando-se do seu modelo de interpretação do direito positivo – *percurso gerador de sentido* –, pode-se dizer que as proposições são construídas a partir das significações que o intérprete atribui àquilo que se encontra no plano dos enunciados.

Importante destacar que Paulo de Barros Carvalho divide esse *percurso gerador de sentido* em quatro planos (S1, S2, S3 e S4). O primeiro deles, S1, é o plano dos enunciados, como o conjunto de símbolos linguísticos organizados segundo regras gramaticais próprias de língua em que estão escritos, em palavras e frases. No plano S1 está o texto da lei, o qual será assimilado pelo intérprete. No plano S2, o intérprete passa a construir um conjunto de proposições, quando então ingressa no plano de conteúdo dos documentos jurídico-prescritivos. Nesse momento, o intérprete lida:

[...] com o significado dos signos jurídicos, associando-os e comparando-os, para estruturar, não simplesmente significações de enunciados, mas significações de cunho jurídico, que transmitam algo peculiar ao universo das regulações das condutas intersubjetivas.²⁰⁶

²⁰³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008. p. 85.

²⁰⁴ Ibidem, p. 87

²⁰⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 182/183.

²⁰⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário** (...). Op. cit., p. 151.

Nesse processo interpretativo, só se poderá falar em norma jurídica, no sentido deôntico que se reclama²⁰⁷, no plano do *conjunto articulado das significações* normativas, a saber, o plano S3. Assim, as normas jurídicas, como conjunto de significações deonticamente estruturadas, seriam alcançadas no plano S3 a partir da “*contextualização dos conteúdos obtidos no curso do processo gerativo, com a finalidade de produzir unidades completas de sentido para as mensagens deônticas*”²⁰⁸⁻²⁰⁹.

As regras e princípios são espécies de proposições prescritivas, resultado das significações tidas pelo intérprete após se deparar com a leitura do texto e a compreensão do ordenamento. Ainda sobre a distinção entre regras e princípios, recorre-se à doutrina de Humberto Ávila. Para esse autor, três são os critérios para a dissociação: (i) natureza do comportamento prescrito; (ii) natureza da justificação exigida; e (iii) medida de contribuição para a decisão.

Em relação ao primeiro critério, tem-se que as regras são imediatamente descritivas, “*pois estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada*”²¹⁰; os princípios, imediatamente finalísticos, “*já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos*”²¹¹.

O segundo critério leva em consideração a justificação que é necessária para a aplicação de um princípio ou de uma regra. As regras, em face da sua característica *imediatamente descritiva* – definidora de forma objetiva da situação fática a ser jurisdicizada –, exige que o intérprete justifique sua avaliação na correspondência entre a situação fática e a descrição normativa. No caso dos princípios, considerando que o elemento descritivo cede lugar ao elemento finalístico, o intérprete deverá justificar sua avaliação na correlação entre

²⁰⁷ A proposição jurídica é prescritiva de condutas. Representar um *dever-ser* é pressuposto para a jurisdição da prescrição. Assim, quando se fala em sentido deôntico, quer-se referir ao fato de que a proposição deve refletir uma conduta que *deve-ser* adotada pelos respectivos destinatários. O sentido deôntico, portanto, estabelece uma permissão, uma obrigação ou uma proibição em relação a determinada conduta. Como afirmou Lourival Vilanova, “*o direito positivo se exprime com locuções como ‘estar facultado a fazer ou omitir’, ‘estar obrigado a fazer ou omitir’, ‘estar impedido de fazer ou omitir’*”, de modo que “*na proposição normativa ou deôntica, o dever-ser (que se triparte nas modalidades O, P, V, obrigatório, permitido e proibido) é constitutivo da estrutura formal, é o operador específico que conduz à proposição deôntica*” (VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 33 e 35, respectivamente)

²⁰⁸ Ibidem, p. 156.

²⁰⁹ Seguindo o *percurso gerador de sentido*, em S4 o plano da sistematização das normas (estabelecimento dos vínculos de coordenação e subordinação) constitui as relações entre as normas que foram construídas em S3 com base nas proposições que puderam ser assimiladas pelo intérprete a partir da leitura dos textos de lei em S1. (Cf., CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 163/166).

²¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** (...) Op. cit., p. 71.

²¹¹ Ibidem, p. 71.

os efeitos da situação fática analisada e a necessidade de realização do estado de coisas que é exigido, o que acarretará um ônus argumentativo maior²¹².

Em relação ao critério da *medida de contribuição para a decisão*, fala-se em complementaridade e parcialidade para os princípios (contribuição, ao lado de outras razões, para auxiliar o intérprete na tomada de decisão)²¹³, em oposição à decidibilidade e abarcância para as regras (pretensão de gerar uma solução específica, abrangendo todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão)²¹⁴.

Distinguindo qualitativamente princípio e regra, Luís Roberto Barroso reconhece o que chamou de *normatividade dos princípios* e afirma que os princípios não contêm um comando imediatamente descritivo de condutas específicas – ao contrário das regras –, mas são “*normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios*”²¹⁵. É o caso do princípio da segurança jurídica, em relação ao qual, o intérprete deve identificar os valores envolvidos e os fins que devem ser realizados.

3.3. Definindo segurança jurídica

O homem, diferentemente dos demais seres vivos, “*necessita de criar instituições, de instituir coordenadas que lhe permitam encontrar um rumo de acção e encontrar uma definição de si próprio face ao caos dos seus impulsos sumamente inespecíficos e sem*

²¹² “As regras e os princípios remetem a conhecimentos e capacidades diversos do aplicador, relativamente ao objeto e ao modo de justificação da decisão de interpretação. Com efeito, como as regras consistem em normas imediatamente descritivas e imediatamente finalísticas, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante avaliação de concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma. Como os princípios se constituem em normas imediatamente finalísticas e imediatamente de conduta, a justificativa da decisão de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** (...) Op. cit., p. 75)

²¹³ “Os princípios possuem, pois, pretensão de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir ao lado de outras razões, para a toma de decisão. Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** (...) Op. cit., p. 77)

²¹⁴ “Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** (...) Op. cit., p. 76).

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional** (...) Op. cit., p. 337.

direção”²¹⁶. Essa é a referência que João Baptista Machado faz ao tratar sobre a necessidade “original” das instituições para a sociedade, numa *perspectiva antropológica*. Reflete o fato de que a vida do homem em sociedade depende da criação de instituições que garantam uma convivência ordenada. Por isso, afirma que a realidade da vida quotidiana de uma sociedade “*é aprendida como uma realidade ordenada*”²¹⁷, que a existência humana “*desenvolve-se empiricamente num contexto de ordem, direção e estabilidade*”²¹⁸ e que, *tendo em conta esta ordem e confiando nesta estabilidade, é que nós elaboramos os nossos planos de vida*”²¹⁹.

Nesse sentido, vê-se que o direito é criação do próprio homem, da própria sociedade, e tem como fim original permitir o convívio social, considerando a necessidade de regulação do comportamento humano – é o que confere *ordem, direção e estabilidade* às condutas humanas. Tal regulação, como afirmado por Roque Antônio Carrazza, “*manifesta-se por meio das normas jurídicas, regras de comportamento que produzem seus efeitos na sociedade*”²²⁰.

Desse modo, pode-se dizer que a segurança jurídica representa o fim a ser seguido, intrínseco à própria ideia de ordem, direção e estabilidade, qual seja o alcance da chamada *paz* – onde reside a estabilidade das relações intersubjetivas.

Pontue-se que, ao se falar em paz como finalidade que se espera do direito, não se faz referência à ausência de conflitos. Significa que o direito e suas instituições – em última análise, o Estado de Direito²²¹ – darão um tratamento esperado e que seja coerente com o que o próprio ordenamento prescreve para solucionar tais conflitos. Pode-se falar em paz, no sentido atribuído por Kelsen, qual seja o de *segurança coletiva*, porquanto o ordenamento determina os pressupostos e a competência para a resolução de conflitos, estando os meios de coerção – uso da força para solucionar os conflitos, se necessária – sob o monopólio do Estado. Em suas palavras:

²¹⁶ MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 7.

²¹⁷ MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito** (...) Op. cit., p. 10.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 10.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 10.

²²⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito** (...). Op. cit., p. 425.

²²¹ Seguindo a mesma linha de Hans Kelsen, parte-se da premissa de que Estado e direito são indissociáveis. O dualismo (Estado x direito) “*é teoricamente indefensável*”. Nesse sentido, Kelsen pontua: “*o Estado como comunidade jurídica não é algo separado da sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta de sua ordem constitutiva. (...) Como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de “Estado” é a “sua” ordem jurídica*” (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. [Trad.: João Batista Machado]. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 263.

[...] quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. Quando esta proteção alcança um determinado mínimo, fala-se em segurança coletiva – no sentido de que é garantida pela ordem jurídica enquanto ordem social.²²²

Afirmar que o direito busca, ao final, alcançar a paz significa dizer que o direito busca dar à sociedade segurança e certeza para um convívio social harmônico. A paz e a *segurança coletiva*, como tratadas por Kelsen, não excluem o uso da força de um indivíduo contra o outro – até porque o direito atua no mundo do dever-ser, não no do ser –, mas asseguram que a única força legítima é a do Estado. Essa *paz*, pois, poderia ser tomada como a finalidade a ser alcançada por qualquer ordenamento – enquanto tem origem na expectativa dos indivíduos de uma sociedade em face do direito. É preciso ter em mente que a ausência de segurança e certeza para a condução das condutas humanas é causa de intranquilidade e desconfiança por parte dos indivíduos, implicando o conseqüente enfraquecimento das instituições criadas pela sociedade para suprir uma necessidade natural do homem.

A paz, a chamada *segurança coletiva* de Kelsen, como se pode perceber, é decorrência do próprio Estado de Direito. O direito existe para suprir a necessidade da sociedade, para permitir o convívio social harmônico. É criado para oferecer ordem, direção e estabilidade às relações intersubjetivas. Nesse contexto, a expectativa gerada pelos indivíduos está em poder conduzir seus atos e omissões de acordo com a previsibilidade e a calculabilidade. Essa paz – e, aqui, já se pode começar a falar em *segurança jurídica*, enquanto representação de ordem, direção e estabilidade das relações intersubjetivas – é essencial para criar certeza em relação às condutas que devem ser adotadas pelos indivíduos e preservar a igualdade entre eles. Aliás, “a certeza e a igualdade são indispensáveis à obtenção da tão almejada segurança jurídica”²²³.

²²² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. [Trad.: João Batista Machado]. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 40.

²²³ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito** (...). Op. cit., p. 425.

3.3.1. Buscar a paz pelo direito ou alcançar a segurança a partir do direito?

Já foi dito que o direito surge como uma criação do homem, na expectativa de suprir os anseios para estabelecimento do convívio harmônico em sociedade. Como afirmou João Baptista Machado, “o homem é incapaz de levar uma existência significativa isolado das construções nômicas (normativas) da sociedade”²²⁴. A chamada paz é o que busca, e o faz (ou tenta fazer) por meio do direito. Espera-se que o direito traga ordem, direção e estabilidade às condutas intersubjetivas. Os indivíduos confiam no direito, como meio para alcançar a harmonia da sociedade. Daí se falar na *busca da paz pelo direito*.

A segurança é, pois, uma das exigências feitas ao direito. Por outro lado, a segurança “representa também uma tarefa ou uma missão contida na própria ideia de direito”²²⁵. Para garantir a segurança jurídica, ou seja, a paz do estado de espírito dos indivíduos em relação à confiança na aplicação do ordenamento e na certeza sobre o direito a ser aplicado, o próprio ordenamento deve contemplar um conjunto de ferramentas que podem ser usadas para a garantia desse fim.

Aqui se faz, pois, uma distinção. A segurança, de um lado, é considerada como um anseio de uma sociedade e uma esperança que se deposita no direito, na busca pela harmonia da convivência social; de outro lado, está no próprio direito, como um complexo de garantias para alcançar a ordem, a direção e a estabilidade das condutas intersubjetivas. Como afirma Miguel Reale:

[...] há, pois, que distinguir entre o ‘sentimento de segurança’, ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias, e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia.²²⁶

Humberto Ávila explica que a *segurança jurídica* é princípio construído de duas formas: “em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º). Em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais”²²⁷.

²²⁴ MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 11.

²²⁵ MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito** (...). Op. cit., p. 55.

²²⁶ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994. p. 86.

²²⁷ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 308.

Essas ideias até aqui colocadas na tentativa de retratar a segurança jurídica sofrem crítica por parte de Heleno Taveira Torres. Sem deixar de concordar que a ideia de segurança surge como uma finalidade do direito, carregada pelas noções de certeza, ordem, direção e estabilidade – apesar de reputar que esse pensamento é contemporâneo de uma análise passada desse instituto –, o autor observa que o conceito de *segurança* evoluiu para uma concepção que expressa uma garantia material dos indivíduos, na linha do que Miguel Reale denominou de “conjunto de providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia”, e Humberto Ávila de “interpretação indutiva de outras regras constitucionais”. Nas palavras de Heleno Taveira Torres:

De fato, no passado, a ideia de “segurança” aparecia sempre como um “valor” ou “fim” absoluto a ser atingido pelo direito, em uma conotação ontológica e deontológica das noções de “certeza”, “ordem” ou do próprio Estado; isso, porém, evoluiu para uma concepção formal do sistema jurídico e, hoje, com o constitucionalismo de direitos do Estado Democrático de Direito, consagra-se a segurança jurídica como expressiva garantia material, ademais de tutela da efetividade do sistema jurídico na sua totalidade, segundo um programa baseado na certeza jurídica e no relativismo axiológico. E dessa garantia da segurança jurídica, em termos subjetivos, advém o princípio da proteção da confiança legítima, passível de ser alegado e exercido na preservação das expectativas legítimas de certeza e estabilidade no contínuo da aplicação do sistema.²²⁸

Heleno Taveira Torres não discorda de que a segurança jurídica decorre do próprio Estado de Direito, mas afirma que não pode ser vista simplesmente como uma decorrência natural deste. Segurança jurídica é mais do que isso: ela “*serve à proteção da igualdade ou justiça na tributação e à efetividade de direito fundamentais, bem como à proteção das expectativas de confiança legítima*”²²⁹.

Humberto Ávila também reconhece que a segurança jurídica é associada à própria ideia de Direito, e muitas vezes essa associação é omissa em relação às garantias que o próprio ordenamento traz para alcançar o fim *paz*, enquanto anseio da sociedade²³⁰. Nesse sentido, o autor anota, como explicação para essa associação à ideia de direito, que “*a segurança jurídica é um valor constitutivo do Direito, visto que sem um mínimo de certeza,*

²²⁸ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 17/18.

²²⁹ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança** (...). Op. cit., p. 30.

²³⁰ Cf., ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 132.

de eficácia e de ausência de arbitrariedade não se pode, a rigor, falar de um sistema jurídico”²³¹.

É importante saber que a criação do Estado de Direito – do próprio ordenamento jurídico, em si – decorre da necessidade da sociedade, na expectativa de alcançar aquela mencionada paz. É a maneira de permitir o convívio harmônico em sociedade, do que se pode deduzir que o direito é criado com a finalidade de buscar essa paz e segurança. Entretanto, isso não basta.

Humberto Ávila ainda comenta que aceitar essa associação (segurança jurídica como valor constitutivo do direito), apesar de importante, “*pouco adianta com relação a ‘como’ a segurança jurídica deve ser realizada*”²³². O citado autor conclui que é preciso definir a segurança jurídica *de modo a atribuir-lhe operatividade*.

É essencial considerar que a segurança jurídica consiste numa garantia que decorre do próprio ordenamento jurídico. Ela está presente no ordenamento e dele é que se podem extrair os mecanismos para alcançá-la. Pela criação do direito se busca a paz. A partir do direito é que é possível alcançar essa paz e essa segurança esperadas.

Essa concepção não exclui a noção de segurança jurídica como decorrente do próprio Estado de Direito. É preciso, no entanto, que o conteúdo dessa garantia tenha por base os fundamentos trazidos pelo próprio ordenamento²³³.

²³¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. (...) Op. cit., p. 133.

²³² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. (...) Op. cit., p. 133.

²³³ Nesse sentido, parecem concordar os autores Humberto Ávila e Heleno Taveira Torres. O primeiro afirma que “*a consideração da segurança jurídica como norma de um ordenamento jurídico determinado não exclui a sua qualificação como elemento essencial à própria ideia de Direito. O que ela faz é definir o seu conteúdo de acordo com os fundamentos diretos e indiretos de um ordenamento jurídico específico. Em outras palavras, a sua apreciação como norma – conforme se pretende demonstrar ao longo deste trabalho, permite verificar que, embora a segurança seja inerente à ideia de Direito, ela não se exterioriza do mesmo modo em todos os ordenamentos jurídicos, como é o caso do brasileiro, ora examinado, no qual, por exemplo, assume uma elevada importância sistemática e tem vários dos seus subelementos especificamente regrados. A compreensão da segurança jurídica como norma torna, pois, possível verificar de que modo e em que medida ela deve ser realizada*” (ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. (...) Op. cit., p. 134). O segundo, por sua vez, afirma que “*No Estado Democrático de Direito a expectativa de direito à segurança, à semelhança do direito à inviolabilidade da vida, da liberdade ou da propriedade, ganha novas dimensões, materializa-se e expande-se, agora, não mais limitada a simples ‘fim’ do Estado, mas como direito que deve ser concretizado, inclusive na sua feição de ‘segurança jurídica’ material. (...) É inquestionável a importância do Estado como fonte de segurança jurídica e como meio de efetivar a realização deste princípio, mas não pode ser admitido como fonte jurídica da segurança jurídica e seus subprincípios. (...) Em vista disso, antes que simples derivação, a segurança jurídica transmuda-se em ‘meio’ de efetividade da justiça e de preservação do sistema constitucional, na sua integridade, especializando-se segundo os subsistemas de diferenciação, como é o caso do Sistema Constitucional Tributário, com efeitos inclusive contra a atuação dos órgãos do Estado ou suas competências*” (TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança** (...). Op. cit., p. 121/122/128).

As noções de certeza, confiança, igualdade, previsibilidade, calculabilidade, estabilidade ou *expectativas de confiança legítima* podem ser utilizadas para uma definição denotativa da garantia à segurança jurídica. Mas, independentemente da construção linguística que se faça para definir a segurança jurídica, é certo que essas noções estarão presentes, quer de forma expressa, quer de forma implícita.

3.3.2. Subsunção dos conceitos de certeza, confiança, previsibilidade e calculabilidade ao conceito de segurança jurídica

Seja decorrência natural do Estado de Direito ou garantia decorrente de direitos fundamentais, é certo que a segurança jurídica reflete valores como certeza, confiança, previsibilidade e calculabilidade. Aqui, cabe uma ressalva, assim como foi feita por Paulo de Barros Carvalho ao tratar do que denomina de *sobreprincípios do sistema jurídico tributário*. O citado autor, ao falar da carga axiológica desses *sobreprincípios*, adverte que a alusão a “valores” refere-se “*somente àqueles que julgamos depositados pelo legislador (consistente ou inconsistente) na linguagem do direito posto*”²³⁴. Assim como Paulo de Barros Carvalho, não se crê na existência de uma “*região de valores, existente em si, como o topos uranos de Platão ou qualquer tipo de sistema suprapositivo de valores, ao modo de algumas vertentes jusnaturalistas*”²³⁵.

Ainda se aproveitando dos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, o valor “certeza”, referido pelo citado autor como “princípio da certeza do direito”, traduz as pretensões do primado da segurança jurídica. Segundo ele, tal princípio, de um lado, “*exige do enunciado normativo a especificação do fato e da conduta regradada*”²³⁶ e, de outro lado, “*requer previsibilidade do conteúdo da coatividade normativa*”²³⁷. Em conclusão, anota que essas noções “*apontam para a certeza da mensagem jurídica, permitindo a compreensão do conteúdo, nos planos concretos e abstratos*”²³⁸.

²³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008. p. 261.

²³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem (...)**. Op. cit., p. 261/262.

²³⁶ Ibidem, p. 264.

²³⁷ Ibidem, p. 264.

²³⁸ Ibidem, p. 264.

Ora, não há como falar em segurança sem destacar o valor certeza – definição sobre os efeitos que o ordenamento jurídico atribui às condutas sociais, de modo que os indivíduos saibam ou possam saber com antecedência (previsibilidade) as consequências que decorrerão dessas próprias condutas e que possam tomar decisões (fazer ou não fazer, em relação a essas condutas) com base nas consequências previamente conhecidas (calculabilidade). Na obtenção da segurança, pois, a certeza é elemento primordial.

Tratando sobre *estabilidade e expectativas legítimas*, Misabel Derzi chega ao valor confiança. A autora anota que “o sistema jurídico se presta a fornecer estabilidade, se presta a acolher as expectativas legitimamente criadas e, portanto, a proteger a confiança”²³⁹.

Já Heleno Taveira Torres, ao discorrer sobre o valor “confiança”, afirma ser este um “fim sistêmico a ser atingido pelos meios que lhe confere o sistema normativo, como certeza jurídica ou estabilidade”²⁴⁰. Na sequência do seu estudo, o referido autor menciona a “previsibilidade de condutas futuras, por meio de expectativas legítimas”²⁴¹, fazendo alusão à subsunção desse conceito de “confiança” ao *princípio da proteção da confiança legítima*²⁴².

Três características podem ser anotadas em relação à proteção à confiança, enquanto mantenedora da segurança jurídica. Segundo as lições de Misabel Derzi, as características elementares são:

[...] (a) a permanência dos estados, de modo que se igualem presentes e futuros; (b) a simplificação, por meio da redução da complexidade e das infinitas possibilidades variáveis; (c) a antecipação do futuro, pela projeção daquilo que se dá no presente, para tempos vindouros.²⁴³

A confiança nas instituições, a confiança na aplicação das normas da mesma forma que elas têm sido interpretadas e aplicadas pelo Poder Judiciário, a confiança na incidência tributária com base em norma criada previamente ao fato tributável e da forma como vem sendo aplicada pelo Agente Fiscal são exemplos de como a confiança se manifesta sobre as

²³⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 316.

²⁴⁰ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança** (...). Op. cit., p. 209.

²⁴¹ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança** (...). Op. cit., p. 210.

²⁴² Heleno Taveira Torres anota que “o princípio da proteção de expectativa de confiança legítima (ou princípio da confiança legítima) tem sido frequentemente arguido no Tribunal de Luxemburgo da União Europeia e sua menção já ultrapassa mais de dez por cento de todas as decisões desse Tribunal. Herdado do direito alemão, aparece com a manifestação subjetiva da segurança jurídica da ordem jurídica, tendo recebido aplicação geralmente em casos de retroatividade de leis, erros de autoridades, crença legítima na aparência jurídica, motivação das decisões, contradições de atos administrativos, práticas reiteradas da administração e mudanças de critérios de tratamento contra os administrados” (TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança** (...). Op. cit., p. 213)

²⁴³ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da** (...). Op. cit., p. 328.

condutas intersubjetivas, se não em grau suficientemente forte para acabar com as inseguranças, porém assegurando o mínimo de previsibilidade e calculabilidade à atuação dos contribuintes. Além de contar com elementos para conhecer previamente as consequências de seus atos – vide a importância, a materialização e o alcance dos princípios da legalidade e da irretroatividade –, as expectativas de confiança legítima dos indivíduos precisam ser materializadas, sob pena de quebra da própria segurança jurídica. A confiança na confirmação das expectativas legítimas “dá a todos a tranquilidade para planejarem o porvir, já que se conhece o modus pelo qual as regras de conduta serão aplicadas”²⁴⁴.

Considerando a “confiabilidade” como tema relacionado à “estabilidade na mudança”, Humberto Ávila escreve que se pode compreender a segurança jurídica como “a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade”²⁴⁵. Nesse sentido, o referido autor pondera que a *confiabilidade* constitui uma faceta da segurança jurídica – uma faceta dinâmica e intertemporal, voltada ao passado. Confirma, pois, que a confiança também perfaz o conceito de segurança jurídica, pois encampa a garantia de que as condutas adotadas no presente serão reguladas e as normas correspondentes serão aplicadas de acordo com as diretrizes anteriormente adotadas; e, mais do que isso, em caso de mudança e criação de novas diretrizes, serão adotados mecanismos de transição para garantir a própria igualdade.

Estes conceitos – certeza, confiança, previsibilidade e calculabilidade – estão ligados à ideia de isonomia. É assim porque não há como se falar em segurança sem a devida atenção à igualdade. Os indivíduos devem ser tratados com isonomia, porquanto a previsibilidade e a calculabilidade²⁴⁶ também são ideias formadas com base no fato de que todos os que estiverem submetidos à incidência de determinada norma sofrerão as correspondentes e sabidas consequências (positivas ou negativas, não importa), sem que haja alguma discriminação injustificada. Caso contrário, se o tratamento não se der com base na igualdade, gerar-se-á insegurança social.

²⁴⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito** (...). Op. cit., p. 426.

²⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. (...) Op. cit., p. 130

²⁴⁶ “a segurança jurídica garante que se possa, em larga medida, antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas. A palavra mais correta para denotar esse sentido, em vez de ‘previsibilidade’ (Voraussehbarkeit), é ‘calculabilidade’ (Berechenbarkeit). Calculabilidade significa, pois, a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais” (ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. (...) Op. cit., p. 131/132).

3.3.3. As garantias constitucionais que permitem o alcance da segurança jurídica

Como já visto, a segurança jurídica decorre do próprio Estado de Direito. O Estado de Direito é instituído justamente com a finalidade de permitir uma convivência harmônica dos indivíduos de uma determinada sociedade. A busca pela paz é o que conduz o homem a criar um ordenamento com vistas a conferir estabilidade e segurança às relações tidas com seus pares.

Mas, de um lado, se a segurança jurídica decorre do próprio Estado de Direito, de outro lado, não se pode esquecer – e esse é um ponto essencial – de que a busca pela segurança jurídica passa, necessariamente, pelos instrumentos que são postos à disposição da sociedade pelo próprio ordenamento criado.

A segurança, em que pese estar na essência do Estado de Direito, tem sua efetividade exigida por um conjunto de garantias assecuratórias que existem no próprio ordenamento jurídico. Assim, enquanto essência do próprio Estado de Direito, a segurança jurídica aparece como norte para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Deve, portanto, o intérprete levar em consideração a proteção à confiança, a preservação da certeza, a previsibilidade e a calculabilidade para construir sua decisão e o correspondente sentido da norma jurídica a ser aplicada.

Mas, antes de nortear a interpretação e os critérios de ponderação para a tomada de decisões na hora da aplicação das normas jurídicas, é preciso que o conjunto de garantias oferecidas pelo ordenamento – como ferramentas para alcançar a segurança jurídica – sejam consideradas. Aqui, cabe a lição de Humberto Ávila, para quem *“a segurança jurídica, porque inerente ao Direito, já estaria fundamentada pela própria ideia de Direito. Não careceria, portanto, de fundamentação positiva. Essa afirmação, embora verdadeira, não é suficiente para os sentidos que a expressão ‘segurança jurídica’ pode e deve experimentar. Somente o ordenamento jurídico poderá densificá-la normativamente como princípio jurídico apto a efetivamente limitar a atuação estatal”*²⁴⁷. Não basta, pois, ter a segurança jurídica, decorrente do próprio Estado de Direito, a nortear a interpretação e a aplicação das normas jurídicas; é preciso que as garantias constitucionalmente previstas sejam atendidas.

²⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. (...). Op. cit., p. 195.

Se a segurança jurídica é alcançada por meio do atendimento dessas garantias, a insegurança poderá ocorrer caso tais garantias não sejam atendidas. Esse conjunto de garantias é formado por uma série de princípios e regras postos na Constituição Federal que, em matéria tributária, permitem que o contribuinte tenha um elevado grau de confiabilidade e certeza no próprio ordenamento, podendo agir e tomar decisões com base na previsibilidade e na calculabilidade.

É necessário, pois, verificar no ordenamento brasileiro esse conjunto de garantias. Desde logo, pontue-se que tais garantias estão previstas na Constituição Federal. Aliás, a Constituição brasileira não só protege a segurança jurídica, mas a consubstancia; *“ela não é somente uma Constituição para a segurança jurídica; ela é uma Constituição da segurança jurídica, por excelência”*²⁴⁸.

A Constituição Federal, portanto, é a própria garantidora da segurança jurídica. Em nosso ordenamento, a ideia de segurança jurídica, necessária ao alcance da ordem, direção e estabilidade, já pode ser vista no próprio preâmbulo da Constituição Federal²⁴⁹. Tome-se como ponto de partida o seguinte trecho:

[...] instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A ideia de segurança emana de vários trechos. Note-se a menção ao fato de que o Estado Democrático tem por objetivo “assegurar” o exercício dos direitos sociais e individuais. Ainda, “assegurar” a própria “segurança”, posta ao lado de valores considerados

²⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. (...). Op. cit., p. 203.

²⁴⁹ Importante nota diz respeito à *prescritividade do direito no Preâmbulo da Constituição*, como considerou Paulo de Barros Carvalho. A existência do preâmbulo é intrínseca ao sistema do direito. O texto normativo do preâmbulo deve, assim como qualquer outro texto normativo, ser levado em conta por todos aqueles que pretendem interpretar o direito e construir as respectivas normas jurídicas. Quer-se dizer que a construção das normas jurídicas deve levar em consideração, também e sobretudo, o preâmbulo da Constituição. Nas palavras do citado autor, ao enunciar o texto normativo do preâmbulo, *“o constituinte insere, nos domínios do direito posto, proposições de ordem introdutória, expondo os motivos e anunciando, em tom prescritivo, o quadro sobre o qual deve o exegeta manter sua interpretação da mensagem constitucional. (...) Na amplitude dessa providência, vários são os enunciados de forte carga axiológica aduzidos no Preâmbulo, todos eles partes constitutivas das formulações proposicionais disciplinadoras de condutas intersubjetivas. Basta lembrar que alguns desses magnos princípios, manipulados pelos juristas, pertencem à subclasse dos implícitos, como os primados da justiça, da segurança jurídica e da certeza do direito, que não são retomados expressamente no texto da Constituição, mas que não de repercutir com intensidade controlada em todas as normas do ordenamento. Esclareço logo que tal implicitude diz respeito ao corpo articulado de preceitos, pois na declaração preambular encontram-se literalmente mencionados”* (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Fundamentos jurídicos da incidência**. 9ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 82/83).

“supremos”, tais como “a liberdade”, “o bem-estar”, “a igualdade” e “a justiça”. E, por fim, “assegura” o atendimento desses valores “supremos” em relação a uma sociedade que, além de “fraterna”, “pluralista” e “sem preconceitos”, deve ser fundada na “harmonia social” e comprometida com a “ordem” interna e internacional e com a “solução pacífica” das controvérsias.

Humberto Ávila, já no início do seu estudo sobre segurança jurídica, anota que o preâmbulo da Constituição Federal “*demonstra grave preocupação com a segurança jurídica mediante a utilização de termos como ‘segurança’, ‘assegurar’, ‘harmonia’ e ‘ordem’*”²⁵⁰. Ao colocar a “segurança” como um dos valores supremos; ao determinar que seja “assegurado” o “bem-estar” e a “igualdade”; e ao mencionar a “harmonia social” e o comprometimento da “ordem”, o preâmbulo acaba por ser a representação positivada daquela finalidade buscada pelo direito em qualquer sistema social em que esteja inserido: ordem, direção e estabilidade. Como dito por João Baptista Machado, “*cabe ao Direito acrescentar a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de segurança jurídica*”²⁵¹.

Esse harmônico pode ser lido, aqui, como “*previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos*”²⁵². Ser *previsível* – em relação às consequências das condutas adotadas – e ser *calculável* – em relação à possibilidade de planejar as condutas a serem adotadas, em face dos objetivos que se quer alcançar e com base nas consequências que cada conduta pode gerar – é o que faz um convívio social ser considerado “harmônico”.

Do preâmbulo da Constituição Federal, segue-se pelo vasto conjunto de princípios e regras que se sucedem ao longo dos seus artigos. Partindo dos princípios fundamentais da República, passa-se pelos direitos e garantias individuais e sociais, e se alcança, no que mais importa a este trabalho, o Sistema Constitucional Tributário, onde constam, de início, uma rígida repartição de competências tributárias e um vasto conjunto de garantias que limitam o poder de tributar. A Constituição Federal, a própria constituidora da segurança jurídica, privilegia a confiança, a certeza, a previsibilidade e a calculabilidade em relação, de forma especial, rígida e bem delimitada, à instituição, à incidência e à cobrança dos tributos. O contribuinte sabe de antemão quem pode instituir os tributos, quais os quais fatos geradores,

²⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40

²⁵¹ MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 55.

²⁵² GRAU, EROS ROBERTO. **Por Que Tenho Medo** (...). Op. cit., p. 13.

quais os procedimentos que precisam ser adotados para a instituição e cobrança, a partir de quando e em que medida eles podem ser exigidos.

Robson Maia Lins afirma que:

[...] a certeza do direito está ligada à previsibilidade do mecanismo de incidência da norma. Diante de uma determinada conduta, revela-se a nitidez da operação de subsunção (que ocorre no antecedente) e de implicação (que é a ligação entre o antecedente e o consequente).²⁵³

Assim, concluiu que o contribuinte:

[...] não só conhece e compreende melhor os tributos que irá pagar, e como e quando eles podem ser exigidos, como pode melhor exercer os direitos fundamentais de liberdade, de propriedade e de igualdade, e mais acuradamente antecipar a tributação futura.²⁵⁴

Os princípios e regras que compõem o Sistema Constitucional Tributário devem ser vistos como meios que permitem o alcance da segurança jurídica, especialmente em relação à instituição, fiscalização, cobrança e arrecadação de tributos. A partir daí se pode extrair a conclusão de que o próprio ordenamento jurídico dispõe de mecanismos para alcançar a segurança jurídica e permitir que o Estado de Direito cumpra o seu papel de assegurar uma convivência harmônica da sociedade – a paz.

Desse citado conjunto de garantias constitucionais, é possível enxergar o caminho que deve ser traçado pelo intérprete para dar efetividade à segurança jurídica. Esse caminho, aqui nominado de “percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica”, tem suas retas e curvas indicadas pela própria Constituição Federal. Aqui, faz-se uma metáfora para se referir ao conjunto de regras e princípios constitucionais, a fim de que o intérprete evite derrapagens quando da tomada de decisão para a aplicação de normas jurídicas.

3.3.4. Percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica

A segurança jurídica, enquanto fim que justifica a criação do Estado de Direito, deve ser buscada de forma incessante pelos intérpretes do Direito. É preciso que as normas jurídicas sejam alcançadas, a partir dos resultados interpretativos, e aplicadas pelo intérprete

²⁵³ LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**. São Paulo: Quartier Lartin, 2005. p. 142.

²⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. (...). Op. cit., p. 206.

sempre levando em consideração a proteção e a confiança, a preservação da certeza, a previsibilidade e a calculabilidade. A segurança jurídica é o norte. É para ela que se deve olhar sempre que uma decisão for tomada sobre a aplicação de determinada norma jurídica.

Fazendo um paralelo com aquilo que Tércio Sampaio Ferraz Jr. chamou de *funções eficaciais* das normas jurídicas²⁵⁵, pode-se dizer que a segurança jurídica assume três funções no ordenamento jurídico. A primeira, a *função de bloqueio*, considerando que visa impedir que comportamentos contrários à proteção à confiança, preservação da certeza, previsibilidade e à calculabilidade sejam adotados pelos operadores do ordenamento jurídico. A segunda, a *função de programa*, na medida em que serve como norte para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, ou seja, é a própria finalidade a ser alcançada. E a terceira, a *função de resguardo*, pois assegura uma expectativa de condutas, segundo a qual se espera a efetividade da segurança jurídica²⁵⁶.

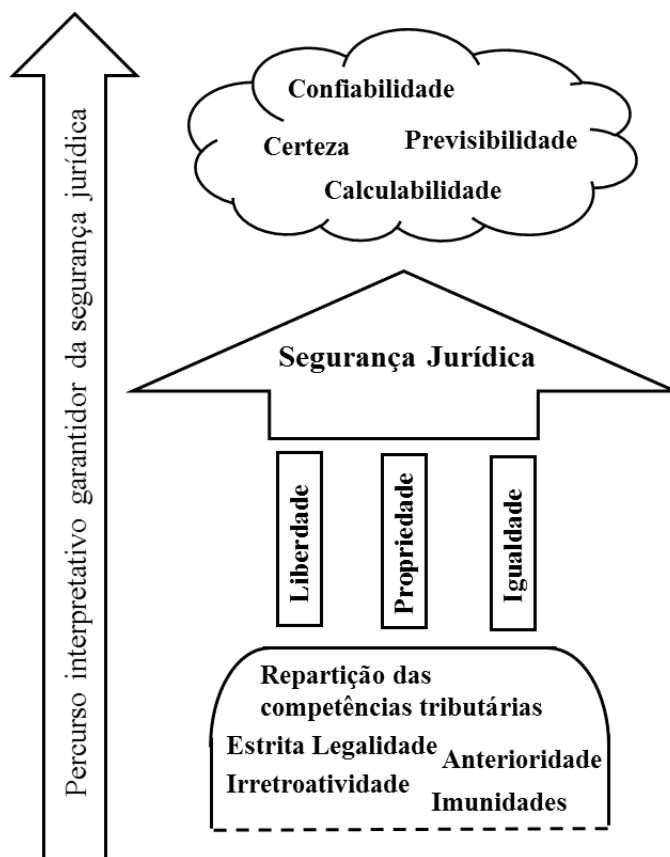
Isso significa que a segurança jurídica, enquanto fim a ser perseguido, deve guiar o processo interpretativo de modo que o resultado da interpretação – o sentido que é dado a determinada norma jurídica identificada e aplicada – seja definido em pleno e fino compasso com a proteção à confiança e à preservação da certeza, da previsibilidade e da calculabilidade. O ordenamento jurídico, especialmente o já referido conjunto de princípios e regras que asseguram e permitem o alcance da segurança jurídica, oferece as diretrizes que devem ser observadas pelos intérpretes em seus processos interpretativos – sempre com vistas a alcançar a própria segurança jurídica. Ao resguardar o atendimento a esses princípios e regras, o intérprete trabalha para que o resultado interpretativo esteja alinhado com os ideais de segurança jurídica exigida pela própria natureza do Estado de Direito.

²⁵⁵ “A eficácia, no sentido técnico, tem a ver com a aplicabilidade das normas como uma aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos. Como essa aptidão admite graus, podemos dizer que a norma é mais ou menos eficaz. Para aferir o grau de eficácia, no sentido técnico, é preciso verificar quais as funções da eficácia no plano da realização normativa. Essas funções podem ser chamadas de funções eficaciais.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 200/201)

²⁵⁶ Heleno Taveira Torres anota que “a eficácia dos princípios e garantias tem uma função de bloqueio, por serem normas que visam a impedir a ocorrência de comportamentos contrários a seu preceito, daquelas condutas indesejáveis ou incoerentes com o âmbito normativo de proteção dos direitos, liberdades ou garantias; mas não só, concorre ainda uma função de programa, na medida em que princípios e garantias visam à realização de um objetivo, como finalidade institucionalizada. E, assim, a partir da função de bloqueio e da função de programa, as garantias, como os direitos e liberdades fundamentais, exercem uma função de resguardo, que assegura uma expectativa de condutas, um comportamento esperado no exercício dos direitos e liberdades” (TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança** (...). Op. cit., p. 191/192).

Nesse ponto, pode-se afirmar que esse percurso é formado, na base, pelas regras que determinam a forma e a materialidade relacionada à incidência tributária; é sustentado pelos pilares representados pelos princípios constitucionais aplicados de forma específica para o Sistema Constitucional Tributário; e alcança o ideal de confiança, certeza, previsibilidade e calculabilidade, ao final do processo interpretativo para a identificação da norma jurídica a ser aplicada.

Graficamente, pode-se assim demonstrar esse percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica:



Nesse percurso, nota-se que o intérprete deve sempre garantir que o resultado interpretativo produzido, dentro do ordenamento, atenda aos ideais de confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade (eis a *função eficaz do programa* da segurança jurídica). Essa atividade interpretativa, que deve ter sempre como pano de fundo o atendimento desses ideais, próprios do Estado de Direito, caminha, também, no sentido de dar efetividade às regras e aos princípios que conduzem ao alcance da própria segurança jurídica (aqui, vê-se a *função eficaz de resguardo*).

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso fala em *eficácia interpretativa*. Segundo o autor, “o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais”²⁵⁷. O percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica é assim construído para demonstrar que o sentido dessa *eficácia interpretativa*. Deve-se, a partir do atendimento das regras, consolidar a aplicação dos princípios constitucionais e alcançar a segurança jurídica. Os princípios, segundo Luís Roberto Barroso, funcionam “como vetores da atividade do intérprete”²⁵⁸, vetores que, no percurso interpretativo apresentado direcionam o intérprete para o atingimento da segurança jurídica, “sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa”²⁵⁹.

Assim, pelo caminho que o intérprete deve percorrer, nota-se que (i) a efetividade das regras é essencial para o atendimento dos princípios; de forma subsequente e contínua, (ii) a efetividade dos princípios é essencial para garantir o alcance da segurança jurídica; e, finalmente, (iii) a segurança jurídica molda o resultado interpretativo a fim de permitir o alcance das finalidades do Direito: confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade.

O atendimento às regras e aos princípios é condição necessária para assegurar a proteção à confiança, a preservação da certeza, da previsibilidade e da calculabilidade. Entretanto, não se pode afirmar que o atendimento às regras e princípios sempre levará o intérprete a um resultado que atenda a essa finalidade, tendo em vista que pode haver conflitos entre as regras, entre os princípios e entre as regras e os princípios. Nessas situações, a moldagem do resultado interpretativo pela segurança jurídica é essencial. É dizer: nessas situações, o intérprete deve cuidar para que o resultado interpretativo não seja contrário à própria segurança jurídica. A decisão deve ser tomada de forma a preservar a confiança, a certeza, a previsibilidade e a calculabilidade. Aqui, a segurança jurídica assume a sua *função eficaz* de *bloqueio*, porquanto sua efetividade deve implicar o *bloqueio de condutas indesejáveis* – visa impedir que o resultado interpretativo traga insegurança ao ordenamento, ainda que, para tanto, seja necessária a aplicação desigual de determinada norma jurídica, justamente na medida das desigualdades verificadas no caso concreto.

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional** (...) Op. cit., p. 346.

²⁵⁸ Ibidem, p. 346.

²⁵⁹ Ibidem, p. 346.

O percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica mostra, na representação gráfica acima apresentada, que os três pilares para alcançar a segurança jurídica, no que concerne às matérias tributárias, são os princípios da liberdade, da propriedade e da igualdade, todos fundados na observância das regras, *e.g.*, da irretroatividade, estrita legalidade e anterioridade.

Sobre esses elementos de fundação do referido percurso interpretativo, o trabalho passa a desenvolver comentários.

3.3.5. Regras e princípios que tornam efetiva a segurança jurídica no direito tributário

A efetividade da segurança jurídica, como já dito, não está apenas na ideia de que o Estado de Direito tem sua razão de ser ligada à finalidade de conduzir com harmonia e estabilidade as condutas humanas. Os caminhos para alcançar a efetividade da segurança jurídica são dados pelo próprio ordenamento. Existe um conjunto de regras e princípios que visam assegurar o atendimento dessa finalidade do Estado, ao mesmo tempo que, pela própria existência, comprovam a afirmação de que o fim do Estado é a busca pela convivência harmônica da sociedade. O percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica descreve bem a busca pelos ideais de confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade, a partir da efetividade das regras e dos princípios postados no ordenamento jurídico.

É esse conjunto de regras e princípios que, quando atendidos da forma descrita no percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica, garante o atingimento da própria finalidade do Estado de Direito.

Em matéria tributária, também já foi dito, a Constituição Federal elenca um rol extenso de regras e princípios que visam, claramente, de um lado, permitir a necessária arrecadação do Estado para o financiamento das políticas públicas que dele são exigidas; de outro lado, assegurar proteção aos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, tais como as regras relativas à estrita legalidade e à irretroatividade, e os princípios da liberdade, da igualdade e da propriedade.

Essas regras e esses princípios citados nominalmente, enquanto importantes pilares da segurança jurídica em matéria tributária²⁶⁰, são aqueles que merecem especial atenção em razão do objeto do presente trabalho. Não se nega, claro, a importância das demais regras e princípios que formam o Sistema Constitucional Tributário, tal como nominado pela Constituição Federal. Entre todos, entretanto, optou-se por analisar aqueles que melhor ajudam a entender a necessidade de preservação das situações pretéritas em face da mudança de entendimento manifestado pelo intérprete autêntico.

Sobre esse conjunto de regras e princípios, o estudo se debruçará a partir de agora.

3.4. Segurança jurídica efetivada pela proteção às situações do passado

Diante de um mundo em que as relações sociais se desenvolvem cada vez mais rapidamente, os anseios desta sociedade, no que tange à regulação das condutas intersubjetivas, esbarram num verdadeiro paradoxo entre a necessidade de manutenção de sentido das normas jurídicas para resguardar a segurança jurídica e a necessidade de mudança nos critérios de aplicação ou no próprio sentido da norma jurídica, tendo em vista a igual necessidade de adequação do direito às novas relações sociais criadas ou modificadas em razão da constante, e rápida, transformação²⁶¹.

²⁶⁰ Ao falar em “matéria tributária”, quer-se referir às situações que dizem respeito à incidência tributária em todos os seus aspectos, desde a criação do tributo aos mecanismos de instituição, cobrança, fiscalização e arrecadação. Isso não significa que este trabalho pretende dividir o ordenamento jurídico em “ramos” do direito – o que apenas é feito para fins didáticos –, e tão só didáticos – ao ser aplicado para a classificação das bancas nas faculdades de direito. Aqui, vale a ressalva de que o direito é uno e indivisível, como afirmou José Juan Ferreiro Lapatza: “a ideia de unidade do Ordenamento deve ser posta, aqui, em primeiro lugar. Esta ideia obriga à ‘colocação’ do Direito Tributário como parte integrante do Ordenamento” (LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Direito Tributário – teoria geral do tributo**. Barueri: Manole; Espanha: Marcial Pons. p. 105). Não se pretende, pois, basear a presente análise em uma eventual “autonomia didática” do Direito Tributário. Nesse ponto, como afirmaram Eurico Marcos Diniz De Santi e Vanessa Rahal Canado, “a chamada ‘autonomia didática’ é autolimitação que não encontra justificativa no nível do objeto (direito positivo). O direito é uno e contínuo no processo de causalidade jurídica. Cindi-lo implica mutilar sua inerente complexidade, causando prejuízo na análise de novos fenômenos e novas perspectivas do Direito Tributário” (SANTI, Eurico Marcos Diniz; e CANADO, Vanessa Rahal. “Direito Tributário Direito Financeiro: reconstruindo o conceito de tributo e resgatado o controle da destinação”. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 624-625).

²⁶¹ Cf. a lição de Miguel Reale “(...) se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso

Nesse ponto, o ordenamento precisa se desdobrar para tentar amparar e minimizar os efeitos desse choque entre a necessidade de mudança e a necessidade de manutenção do sentido das normas. A norma da irretroatividade – repetida em vários momentos, tanto pelo legislador constituinte quanto pelo legislador ordinário, nos mais diversos ramos, numa classificação didática do direito – é uma das ferramentas postas à disposição do aplicador do direito para que possa minimizar os efeitos desse embate, garantindo a segurança jurídica de relações passadas e a adequação de sentido normativo das normas que serão aplicadas à nova geração de condutas sociais.

Sobre esse paradoxo, anota João Baptista Machado que cabem ao direito duas funções antinômicas, quais sejam: *“uma função estabilizadora, capaz de garantir a continuidade da vida social e os direitos e expectativas legítimas das pessoas, e uma função dinamizadora e modeladora, capaz de ajustar a ordem estabelecida à evolução social e de promover mesmo esta evolução num determinado sentido”*²⁶².

Pensando nesse paradoxo, é preciso compreender o sentido e o alcance da norma que veda a retroatividade de novas normas, apresentando-se como verdadeiro limite temporal à eficácia dessas novas normas, notadamente no que tange às relações sociais desenvolvidas sob a vigência de uma norma diferente e anterior.

Enquanto limite temporal à eficácia de novas normas, a irretroatividade apresenta-se como uma regra, pois: (i) é imediatamente descritiva em relação ao comportamento prescrito (e.g., vedação à retroatividade de normas a fatos passados), (ii) a justificação de sua aplicação observa a correspondência entre a situação fática e a descrição normativa, e (iii) sua medida de contribuição para a decisão é objetiva e pretende abarcar todos os aspectos relevantes.

Sabe-se que a vedação à retroatividade das normas também encerra um ideal de proteção e garantia das relações intersubjetivas do passado – o ideal da não surpresa. Essa característica justifica-se pelo fato de que a irretroatividade é regra implantada no ordenamento para: (i) instrumentalizar o atendimento de princípios, tais como os da liberdade, propriedade e igualdade, e acaba por (ii) confirmar que o ordenamento tem preocupação com a estabilidade, previsibilidade e calculabilidade das relações intersubjetivas.

para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta” (REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 87)

²⁶² MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 223.

A classificação enquanto espécie de “regra” não implica minimizar a sua importância, mas ressaltar a sua essencial finalidade de dar efetividade à garantia dos princípios e ao alcance da segurança jurídica.

3.4.1. Legalidade e irretroatividade: esta como decorrência daquela

Está na essência do Estado de Direito a garantia de que as condutas dos partícipes da sociedade sejam reguladas de acordo com as consequências jurídicas que, previamente, foram estipuladas pela lei. Essa afirmação é decorrência lógica do princípio da legalidade, um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro.

A legalidade e a irretroatividade andam juntas²⁶³. A norma jurídica não pode retroagir para alcançar fatos pretéritos, salvo algumas poucas e restritas exceções²⁶⁴. Essa afirmação pode ser justificada da seguinte forma: considerando que *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei*, se não havia norma prevendo consequências para determinada conduta na época em que tal conduta aconteceu, logo não se pode considerar o nascimento de qualquer relação jurídica intersubjetiva decorrente da referida conduta, ainda que uma nova norma jurídica tenha sido criada posteriormente para a regulação dessa mesma conduta.

Assim, afirmar que a norma jurídica não pode retroagir é reconhecer que uma conduta só terá consequências jurídicas quando a norma jurídica correspondente (aquela que regula essa determinada conduta) já tenha chegado ao conhecimento dos partícipes da sociedade, pelos meios necessários e exigidos pelo ordenamento.

Roque Antônio Carrazza explica: o “*Estado de Direito traz consigo a segurança jurídica e a proibição de qualquer arbitrariedade*”. E acrescenta: no referido Estado de

²⁶³ Sobre o tema, Roque Antônio Carrazza reconhece que “o princípio da legalidade, tal como exteriorizado nos arts. 5º, II e 150, I, ambos da CF, contém implícita a vedação à irretroatividade. No Brasil não pode haver tributo sem prévia descrição legal. Assim como, em matéria penal, o princípio da legalidade na regra de ouro *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, ele acabou forjando, em matéria tributária, a análoga sentença *nullum vectigal sine praevia lege*” (CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito** (...). Op. cit., p. 344).

²⁶⁴ “É certo que, por razões ideológicas que nosso Direito encampou, aceita-se que algumas leis tributárias retroajam, desde que elas assim o estipulem. São as que, de alguma forma, beneficiam o contribuinte (*lex minor*), como as que lhe concedem um parcelamento, um prazo mais lato para recolhimento do tributo, um crédito presumido etc. Em todos esses casos, no entanto, a lei deverá levar em conta o princípio da igualdade.” CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito** (...). Op. cit., p. 345).

Direito “*impera a lei e, mais do que isso, a certeza de que da conduta das pessoas não derivarão outras consequências jurídicas além das previstas, em cada caso e momento, pela lei já vigente*”²⁶⁵.

Nesse sentido, parece redundante falar em legalidade e irretroatividade ao mesmo tempo. Da mesma forma, não fossem as poucas e restritas exceções, falar em retroatividade soaria contraditório à legalidade²⁶⁶.

3.4.2. A irretroatividade na Constituição Federal

Ao prescrever que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da CF), o legislador constituinte acaba por positivizar o princípio da irretroatividade, corolário da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito, o qual tem como um dos seus principais pilares a legalidade.

Nota-se que as expressões “direito adquirido”, “ato jurídico perfeito” e “coisa julgada” referem-se a situações do passado. Ao se falar em “direito adquirido”, quer-se dar significado a algo a que o indivíduo faz jus em decorrência de alguma relação jurídica já consumada; ao se falar em “ato jurídico perfeito”, quer-se referir a uma relação jurídica formada e já encerrada; e ao se falar em coisa julgada, quer-se referir à definição do Poder Judiciário sobre uma discussão judicial.

O artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, embora não seja esse o papel do legislador, tratou de conceituar cada um desses institutos – e o fez, quer parecer, de forma adequada: (i) consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixado ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem; (ii) reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo que se efetuou; e (iii) chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial a que já não caiba recurso.

²⁶⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito** (...). Op. cit., p. 342.

²⁶⁶ Assim anotou Maria Luiza Mendonça: “*a retroatividade da lei poderia ser encarada como uma contradição do Estado consigo próprio, pois que, se de um lado ele faz repousar a estabilidade das relações e direito sobre a garantia e proteção das leis que ele próprio emana, de outro lado ele mesmo não pode retirar essa estabilidade com a edição de leis retroativas*” (MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. **O Princípio Constitucional da Irretroatividade da Lei: a irretroatividade da lei tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 62).

O disposto no artigo 5º, XXXVI, do texto constitucional, portanto, assegura a irretroatividade da lei que, porventura, venha a atingir aquelas situações indicadas. Não poderia ser diferente. Como já anotado, *o direito, por natureza, deve existir para disciplinar o futuro, jamais o passado, não sendo razoável entender que normas constituídas a posteriori possam dar definições e consequências novas a eventos já ocorridos no mundo fenomênico*²⁶⁷.

Sobre o assunto e fazendo uma relação entre a segurança jurídica e a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, J. J. Gomes Canotilho reafirma as ideias de confiança, certeza, previsibilidade e calculabilidade que foram usadas para a definição da segurança jurídica nas linhas anteriores:

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.²⁶⁸

A irretroatividade “*é a exteriorização elementar do sobreprincípio da segurança jurídica irretroatividade da lei insculpida pelo constituinte ordinário da Constituição Federal*”. Tal mandamento protege *as alterações legislativas, que não poderão agir sobre o passado, retroagindo*²⁶⁹.

Ainda no mesmo artigo 5º do texto constitucional – e como direito fundamental –, há a vedação expressa à retroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu (inciso XL), e a prescrição clara de que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* (inciso XXXIX).

Mais uma vez constata-se a preocupação com a preservação dos atos passados, neste ponto, na esfera penal. Redundante, entretanto, essa disposição. Diz-se “redundante” em razão daquilo que já pôde ser dito até aqui. Ora, se fosse considerado, somente, que *ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei*, e que *a lei não prejudicará o*

²⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 364.

²⁶⁸ CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995. p. 373

²⁶⁹ BECHO, Renato Lopes. **Lições de Direito Tributário. Teoria Geral e Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 367.

direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, restaria claro não se haver de falar em crime (subsunção de um fato a uma norma definidora de um tipo penal) e/ou aplicação de pena em face dessa subsunção, quando não houver, previamente à consumação do fato, lei que preveja tal tipo penal.

Da mesma forma e pelos mesmos argumentos, é redundante a disposição do artigo 150, III, “a”, da Constituição Federal que veda, expressamente, a cobrança de tributos *em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado*. Paulo de Barros Carvalho também entende dispensável essa disposição, ante a preservação geral dos fatos passados em relação à lei nova, própria do Estado de Direito e consagrada em nosso ordenamento pelo artigo 5º, XXXIX, da CF. Em suas palavras:

Por certo que a prescrição é despicienda, visto que a diretriz contida no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e portadora deste mesmo conteúdo axiológico, irradia-se por todo o universo do direito positivo, incluindo, portanto, a região das imposições tributárias. O simples vedar que a lei não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada seria bastante para obstar qualquer incursão do legislador dos tributos pelo segmento dos fatos sociais que, por se terem constituído cronologicamente antes da edição legal, ficariam a salvo de novas obrigações.²⁷⁰

Ainda que desnecessários, sob essa ótica, os artigos 5º, XXXIX e 150, III, “a”, reforçam a ideia de preservação dos fatos passados, em relação à criação de novas normas jurídicas que tenham por finalidade interferir na liberdade e no patrimônio dos indivíduos. A inclusão desses dispositivos no texto constitucional originário se mostra, sob outra ótica, como importante reforço para esclarecer qualquer eventual dúvida sobre a aplicação da irretroatividade em relação à lei penal e à lei tributária.

Ainda sobre o tema e procurando explicações para esse reforço na prescrição da irretroatividade em relação, especificamente, às leis tributárias, Paulo de Barros Carvalho diz que a Assembleia Constituinte se empenhou “*em consignar outra prescrição explícita, dirigida rigorosamente para o território das pretensões tributárias*”, tendo em vista que a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada:

[...] não vinha sendo impedimento suficiente forte para obstar certas iniciativas de entidades tributantes, em especial da União, no sentido de atingir fatos passados, já consumados no tempo, debaixo de plexos

²⁷⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 211.

normativos segundo os quais os administrados orientaram a direção de seus negócios.²⁷¹

Faz, ainda, menção à surpresa gerada nos indivíduos em face da criação de “*grosseiras exações, que assumiram o nome de empréstimos compulsórios*”²⁷².

Leandro Pausen, por sua vez, sem dar atenção à questão da *redundância*, também entende que o artigo 150, III, “a”, da Constituição Federal está posto como um reforço à preservação dos fatos passados, em face de novas leis tributárias. Interessante, porém, é notar que o citado autor escreve que se trata de uma *garantia adicional* àquela proteção do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Segundo o autor:

[...] o art. 150, III, a, da CF estabelece uma garantia adicional em favor do contribuinte que extrapola a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, assegurando-o contra exigências tributárias que tenham em consideração atos, fatos ou situações passadas, relativamente aos quais já suportou ou suportará os ônus tributários estabelecidos ou que não ensejaram imposições tributárias pelas leis vigentes à época, que eram do seu conhecimento.²⁷³

A irretroatividade da norma tributária, especificamente alocada na seção nominada de “Limitações do Poder de Tributar”, apresenta-se como um verdadeiro limite à expropriação do patrimônio do contribuinte. Enquanto a tributação se revela como uma exceção constitucionalmente autorizada ao direito fundamental da propriedade privada, as chamadas *limitações constitucionais ao poder de tributar* têm a finalidade de impor limites à sanha arrecadatória inerente ao próprio Estado, protegendo o patrimônio do contribuinte de excessos. A irretroatividade, pois, está posta como um desses limites que têm a função de preservar a não incidência tributária sobre os fatos passados – que poderiam ser colocados na hipótese de incidência de uma norma tributária, em face do eventual e respectivo conteúdo econômico –, notadamente em relação à não aplicação, sobre esses fatos, de normas jurídicas novas (nascidas posteriormente ao acontecimento dos fatos).

A irretroatividade da norma jurídica é regra que deve ser efetivada pelo intérprete e pelo aplicador, em atendimento aos princípios da propriedade, liberdade e igualdade, como será demonstrado adiante.

²⁷¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. (...). Op. cit., p. 212.

²⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. (...). Op. cit., p. 212.

²⁷³ PAUSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição de Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009. p. 209.

3.4.3. O direito de propriedade como limitação à retroatividade das normas

Sobre o direito de propriedade, frisa-se que o artigo 5º da Constituição Federal, que acolhe grande parte dos enunciados prescritivos que tratam dos direitos fundamentais²⁷⁴, prescreve ser *inviolável o direito à propriedade* (caput) e *garante o direito de propriedade* (inciso XXII)²⁷⁵.

A Constituição Federal, ao contemplar as garantias que devem ser asseguradas no domínio econômico das relações sociais²⁷⁶ – trata-se, aqui, da ordem econômica como enunciados prescritivos que constituem um conjunto de normas jurídicas a disciplinar as relações econômicas segundo os preceitos fundamentais previstos pelo texto constitucional –, menciona a necessidade de observação, como orientação limitadora da atuação intervencionista do Estado ou como justificativa para eventual intervenção (no caso de risco iminente), daquilo que o texto constitucional chamou de *propriedade privada* (artigo 170, II²⁷⁷).

Esse direito à propriedade e à proteção ao patrimônio, apesar de fundamental e norteador da ordem econômica, assim como qualquer direito, não é absoluto. A propriedade privada pode e deve sofrer limitações pela intervenção do Estado. É o caso, mantendo o foco de análise deste estudo, do exercício da competência tributária que implica a retirada de parte do patrimônio do contribuinte para custear as políticas públicas e a máquina administrativa.

Sem mencionar as limitações naturais trazidas pela tributação, embora reconhecendo as limitações relativas à função social (artigo 5º, XXIII, da CF²⁷⁸), José Afonso da Silva afasta a qualificação da *propriedade* como um direito individual ou como uma instituição de direito

²⁷⁴ Não se pode afirmar que os direitos fundamentais estão dispostos somente no artigo 5º da Constituição Federal. Tal dispositivo apresenta enunciados prescritivos que, quando jogados no processo interpretativo de produção normativa juntamente com outros enunciados espalhados ao longo da Carta Magna, terão uma participação especial na formação da norma jurídica que disporá sobre o direito fundamental.

²⁷⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade;

²⁷⁶ O “domínio econômico”, já abordado quando da conclusão do curso de Mestrado, é o estrato de linguagem descritiva das relações sociais que acontecem no âmbito do sistema econômico – atividades econômicas –, sejam elas entre agentes privados, entre agentes públicos ou entre agentes privados e públicos. (Cf. MARINHO, Rodrigo César de Oliveira. **Intervenção sobre o Domínio Econômico: a contribuição e seu perfil constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2011).

²⁷⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada;

²⁷⁸ Art. 5º. (...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

privado, deixando evidente que o direito de propriedade pode sofrer limitações da *lei*, sempre e desde que observadas as orientações da própria Constituição sobre essas limitações²⁷⁹.

Tratando do assunto, agora pelo viés tributário, Ricardo Lobo Torres pondera que a relação entre o direito de propriedade e o direito tributário é dialética, numa clara referência aos limites para a relativização desse direito fundamental. Segundo ele:

[...] a propriedade privada fornece o substrato por excelência para a tributação, já que esta significa sempre a intervenção estatal no patrimônio do contribuinte. Mas está protegida qualitativa e quantitativamente contra o tributo: não pode ser objeto de incidência fiscal discriminatória, vedada pela proibição de privilégio (art. 150, II); nem pode sofrer imposição exagerada que implique a sua extinção, em vista da proibição de confisco (art. 150, IV).²⁸⁰

O poder-dever de tributar e o direito à propriedade privada, portanto, são vetores representativos de garantias constitucionais que estão intimamente ligados, ao mesmo tempo que apontam para direções opostas. De um lado o cidadão tem a garantia constitucional da preservação de sua propriedade; de outro, o Estado tem a competência para instituir tributo e o correspondente dever de arrecadá-lo para custear as suas atividades em favor de toda a sociedade²⁸¹.

A conciliação dessas garantias deve ser medida e limitada para evitar que uma se sobreponha à outra. Da mesma maneira que não se pode deixar de exigir tributo, também não se pode permitir a intervenção desmedida do Estado sobre o patrimônio do contribuinte.

O alemão Ernest Benda bem entendeu que a intervenção do Estado sobre a propriedade privada deve atender às exigências da própria Constituição, quando afirmou:

[...] a propriedade é garantida como Direito Fundamental. Assim, o Direito Fundamental tem a função tradicional de um direito de defesa contra o

²⁷⁹ “Existem outras normas constitucionais que interferem com a propriedade mediante provisões especiais (arts. 5º, XXIV a XXX, 170, I e II, 176 e 178, 182, 183, 184, 185, 186, 191 e 222). Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual, nem como instituição do Direito Privado. (...) Isso tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização do seu fim: *assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.*” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 270/271).

²⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 58.

²⁸¹ “Constitucionalmente, pois, um tributo não pode ter outro escopo que o de instrumentar o Estado a alcançar o bem comum. A nosso ver, qualquer exação que não persiga esta finalidade é inconstitucional. Tal se dá com o tributo preordenado a objetivos de ordem privada, como, *e.g.*, o que beneficia uma empresa comercial (que visa, precipuamente, ao lucro de seus acionistas)”. (CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito** (...) Op. cit., p. 77).

Estado. O Estado só pode limitar a propriedade na proporção da vinculação social desta; no patrimônio ele só pode intervir sob as condições rigorosamente especificadas na Constituição.²⁸²

E, ao final, concluiu que *“não é permitido ao legislador criar livremente limitações à propriedade. Elas necessitam sempre de uma legitimação dada pela Constituição”*²⁸³.

Não precisa ir muito longe para alcançar a conclusão de que o tributo é uma exceção constitucional ao direito fundamental, também encartado expressamente na Constituição Federal, da propriedade privada – uma exceção bem moldada e sabiamente delimitada.

A repartição das competências tributárias, a necessidade de obediência às normas que tratam da legalidade, da capacidade contributiva, da irretroatividade, da vedação ao confisco e da tipicidade tributária, por exemplo, formam um verdadeiro curral que mantém controlada a ânsia arrecadatória do Estado, na atuação de qualquer dos três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – e evitam que a exceção ao direito da propriedade privada cresça e se transforme em regra.

Mesmo adotando a linha de raciocínio que reconhece o dever fundamental de pagar tributo, pois essencial à manutenção e ao funcionamento do Estado, não se pode ignorar a necessidade de harmonização, em nosso ordenamento, entre a propriedade privada e a tributação.

Sobre o assunto, vale mencionar a ressalva feita pelo doutrinador português José Casalta Nabais, para quem os direitos fundamentais são limitadores do também fundamental dever de pagar imposto. Em suas palavras:

Por sua vez, enquanto direitos subjetivos públicos, erguem-se em barreira contra a tributação ou os impostos exorbitantes ou excessivos do ponto de vista dos direitos fundamentais, o que se verificará não só quando atinjam o núcleo essencial dos direitos em causa, mas também sempre que a afetação destes conduza a uma descaracterização ou desfiguração do conteúdo constitucional para eles traçado, pois que temos por totalmente inadmissível que a constituição simultaneamente reconheça um direito fundamental e aceite o seu total aniquilamento ou a completa descaracterização do seu conteúdo através da efetivação dum dever fundamental. E que, se o dever fundamental de pagar impostos constitui um limite imanente ao conteúdo (não essencial) dos direitos fundamentais (sobretudo dos de natureza

²⁸² BENDA, Ernest. Função da garantia da propriedade na constituição moderna. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Nº 1. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 246.

²⁸³ Op. cit., p. 247.

econômica), também o conteúdo essencial e a caracterização do conteúdo não essencial destes não-de ter-se por limites iminentes daquele dever.²⁸⁴

É que a necessidade do Estado de captar recursos não lhe dá a prerrogativa de ignorar os direitos fundamentais do contribuinte. Como lembrado por Roque Antônio Carrazza, “*não é porque o Estado, para sobreviver, precisa de meios pecuniários (dinheiro) que os contribuintes podem ter seus direitos atropelados*”²⁸⁵.

A Constituição Federal de 1988, ao inserir o princípio da vedação ao confisco entre as limitações ao poder de tributar, tratou de esclarecer qualquer dúvida sobre a necessidade de proteção à propriedade privada, pois limita o exercício da competência tributária para a expropriação de bens dos contribuintes. Ainda segundo esse autor, “*a norma constitucional que impede que os tributos sejam utilizados ‘com efeito de confisco’, além de criar um limite explícito às discriminações arbitrárias de contribuintes, reforça o direito de propriedade*”²⁸⁶.

Quer-se dizer que, independentemente de encarar a tributação como um dever fundamental, ou não, é certo que não há uma autorização geral e indeterminada para que, mesmo com fundamento na necessidade de arrecadação para promover as políticas públicas essenciais à gerência do Estado, se criem tributos – ou se exijam aqueles já existentes – sem a observância dos limites impostos pelo nosso ordenamento jurídico, que visam, em última análise, proteger a propriedade privada, tida como direito fundamental do cidadão.

Esses limites trazem a segurança que o contribuinte precisa ter em relação ao seu patrimônio, sobretudo no tocante à parcela que será expropriada pela incidência tributária.

Assim, o Estado deve manter, numa equação devidamente equilibrada, o atendimento dos anseios da sociedade, mediante execução de políticas públicas que garantam a fruição dos direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive o direito fundamental à propriedade privada.

Saber, previamente, como, quando e em que medida se dará a “expropriação tributária do seu patrimônio” é o que confere segurança ao contribuinte para continuar desenvolvendo suas atividades econômicas e acumulando riquezas.

Sob o raciocínio desenvolvido neste tópico, é impróprio pensar que o contribuinte pudesse ser tributado em razão de decisões negociais tomadas no passado por normas

²⁸⁴ NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Almedina: Coimbra, 2012. p. 570.

²⁸⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito** (...). Op. cit., p. 77.

²⁸⁶ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito** (...). Op. cit., p. 100.

jurídicas nascidas após a realização das atividades que corresponderam a essas decisões negociais. Admitir a retroatividade da norma tributária é negar a livre-iniciativa e a liberdade de realização de negócios jurídicos lícitos. Admitir a retroatividade, nesse caso, implicaria a instauração de um estado de completa insegurança, tendo em vista a completa ausência de previsibilidade sobre a existência de tributação.

Fazendo uma analogia com o direito penal – já foi visto que a irretroatividade da lei penal e a irretroatividade da lei tributária coincidem por fundarem-se na proteção de dois direitos fundamentais: a liberdade e a propriedade –, a insegurança em relação à tributação que poderia recair sobre negócios jurídicos seria equivalente à insegurança da prática de atos do cotidiano de um indivíduo em relação à tipificação penal *a posteriori* desses atos. Realizar um negócio jurídico hoje, sem saber se amanhã será editada uma lei retroativa para tributá-lo, é o mesmo que praticar um ato comum do cotidiano (*e.g.*, fumar ao ar livre) sem saber se amanhã uma lei retroativa poderá considerar esse ato crime passível de detenção.

Essa incerteza em relação à tributação ou à criminalização dos fatos passados é objeto de extermínio pela irretroatividade das normas jurídicas. O passado é inviolável. Assim afirmou Vicente Ráo, ao fazer uma análise sobre a natureza do ser humano. Na oportunidade, utilizando-se das palavras de Portalis, escreveu que “*o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto a sua vida passada*”. Nota-se uma clara referência, intrínseca à natureza humana, à necessidade de que todos precisam ter a certeza de que o que foi feito num dado ambiente social não pode mais ser alterado, até mesmo no que tange às próprias consequências (morais, religiosas e legais). Nesse sentido, o autor continua:

O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto, e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores sem nos restituir as nossas esperanças.²⁸⁷

Do ponto de vista tributário, o patrimônio do contribuinte não pode ser diminuído – pela menor proporção que se possa imaginar – em razão da realização de condutas passadas que foram descritas, de forma inovadora, na hipótese de incidência de uma norma jurídica

²⁸⁷ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 389.

nova. Essa irretroatividade assegura o extermínio das incertezas sobre qualquer eventual tributação de fatos passados.

Assim, considerando que a exigência de tributos tem implicação direta na esfera patrimonial do contribuinte, torna-se mais enfática a exigência de segurança quanto à aplicação da lei tributária. A irretroatividade da norma jurídica tributária deve ser colocada no topo das garantias constitucionais do contribuinte, limitando a atuação estatal tributante; funcionará então como uma ferramenta para afastar o receio de uma expropriação súbita e retroativa do seu patrimônio, em razão da materialização de um maior grau de certeza e segurança em relação aos fatos que praticar.

A irretroatividade preserva completamente o passado da incidência tributária baseada em norma tributária nova. Nesse ponto, Leandro Pausen relembra que essa preservação reforça a *“a própria garantia da legalidade, porquanto resulta na exigência de lei prévia, evidenciando-se como instrumento de otimização da segurança jurídica ao prover uma maior certeza do direito”*, de modo que *“não há, no texto constitucional, qualquer atenuação ou exceção à irretroatividade tributária”*. Ainda sobre o assunto, o autor acrescenta:

[...] atos já praticados, fatos ou situações já ocorridas, não podem ser considerados, por lei nova, como geradores de obrigações tributárias, tampouco como passíveis de dimensionar ônus tributário novo. A lei instituidora ou majoradora de tributos tem de ser, necessariamente, prospectiva, não se admitindo nenhum tipo de retroatividade.²⁸⁸

Importante, nesse ponto, é que não há nenhuma exceção ou atenuação constitucionalmente permitida²⁸⁹ a esse limite imposto à atuação tributária do Estado – nem sequer em graus de retroatividade²⁹⁰ – no que tange à aplicação da uma norma jurídica tributária nova aos fatos passados. Como dito, o princípio da irretroatividade tributária é

²⁸⁸ Op. cit., p. 209.

²⁸⁹ Na Constituição Federal não há, de fato, qualquer previsão para relativização da irretroatividade tributária. Entretanto, a interpretação dada pelo Suprem Tribunal Federal (Súmula 584) ao artigo 104 do Código Tributário Nacional acaba por criar uma verdadeira regra de exceção à irretroatividade tributária. Alerta Renato Lopes Becho que o referido dispositivo *“põe na berlinda o princípio da irretroatividade da lei tributária”*. Trazendo à baila a questão sobre a lei aplicável para a incidência tributária do imposto sobre a renda, o citado autor demonstra assim seu entendimento: *“para o exato cumprimento do princípio da irretroatividade da lei tributária, formal e materialmente respeitado, a declaração do contribuinte (30 de abril de um ano) deve aplicar como regra-matriz – inclusive base de cálculo e alíquota – a vigente no período de aquisição da renda, que era a lei em vigor em 1º de janeiro do ano do rendimento, e não do ano da declaração”* (BECHO, Renato Lopes. **Lições de Direito Tributário** (...). Op. cit., p. 368). Pensar de forma diferente significa aceitar a relativização da irretroatividade, em detrimento do que está previsto no texto constitucional, permitindo a expropriação indevida do patrimônio do contribuinte.

²⁹⁰ Cf. MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 227.

decorrência necessária do princípio da legalidade tributária, ambos postos no ordenamento para preservar o direito fundamental da propriedade privada, em face da necessidade da criação de tributos.

3.4.4. Liberdade e igualdade conformadas pela legalidade e irretroatividade

A segurança jurídica está posta como finalidade do Estado brasileiro já no preâmbulo da Constituição Federal. O mesmo preâmbulo insere a liberdade e a igualdade como *valores supremos* que devem ser observados pelo Estado brasileiro, enquanto pilares, ao lado da própria segurança, do bem-estar, do desenvolvimento e da justiça, de uma “sociedade fraterna”, “fundada na harmonia social”.

Em seguida, a liberdade e a igualdade, sempre juntas, são garantidas no rol dos direitos fundamentais, numa clara e evidente positivação desses valores.

A inviolabilidade da liberdade e da igualdade, tal como positivado pelo legislador constituinte, pressupõe, por óbvio, o reconhecimento dessas garantias como valores que precisam ser preservados pelo ordenamento. A preservação da liberdade e da igualdade é condição necessária para se falar em segurança jurídica.

A liberdade é moldada pela igualdade. A recíproca também é verdadeira. Elas andam juntas. Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que *“a liberdade, enquanto direito fundamental, é a formulação positiva do direito à igualdade (direito de não ser discriminado) e, em consequência, o correlato do dever de todos de omitir ingerências e impedimentos”*²⁹¹.

Em conjunto, esses princípios conferem aos indivíduos a possibilidade de tomar suas decisões de forma livre e independente, e ao mesmo tempo saberem, de antemão, todas as consequências jurídicas decorrentes de cada ato ou omissão, com base nas normas jurídicas que são previamente conhecidas. Ser livre não significa apenas ter a liberdade para fazer ou deixar de fazer segundo o próprio arbítrio de cada indivíduo. Mais do que isso, é ter a liberdade para fazer ou deixar de fazer, tendo a consciência exata sobre as consequências que poderão advir em face das suas próprias escolhas.

²⁹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007. p. 195

Nesse sentido, falando especificamente de liberdade, Humberto Ávila afirma que tal princípio protege (i) a *autoafirmação* e a *autodeterminação*, enquanto capacidade do indivíduo de definir sua própria identidade, (ii) a *autoproteção*, enquanto capacidade de se resguardar e de se recolher tanto juridicamente quanto na esfera da vida privada e íntima do indivíduo, e (iii) a *autoexposição*, enquanto capacidade do indivíduo de se afastar de exposições que considere atentatórias à sua pessoa e de decidir aquilo que deseja divulgar em relação a si próprio. Com esses ensinamentos, o citado autor conclui que a liberdade significa “o poder de escolha *entre alternativas comportamentais que evitem ou que amenizem riscos jurídicos, isto é, consequências jurídicas, capazes de prognóstico e de controle, que afetam decisões individuais*”²⁹².

Mais do que permitir que o indivíduo tome suas próprias decisões, independentemente de qualquer proibição normativa, a liberdade exige que o Estado proporcione meios para tornar seguras as condutas adotadas pelos indivíduos, a fim de que o indivíduo tenha certeza sobre as consequências jurídicas, podendo, portanto, planejar atitudes. Cabe ao Estado “*propiciar as condições desse exercício [da garantia à liberdade]*”²⁹³ e “*dar-lhe [ao indivíduo] os meios legais para exercer o juízo sobre as coisas*”²⁹⁴.

Por isso, Humberto Ávila menciona que:

[...] o exercício concreto da liberdade pode gerar a aplicação subjetiva do princípio da segurança jurídica por meio da proteção da confiança: quem exerce a sua liberdade de modo orientado pelo Direito, em determinados casos – adiante examinados –, não pode ser prejudicado.²⁹⁵

Aqui, cabe a menção aos ideais de previsibilidade e calculabilidade. A impossibilidade de prever as consequências das suas condutas e de planejar conscientemente os seus atos e omissões impede que o indivíduo tenha a autonomia necessária para exercer a liberdade que lhe é fundamentalmente garantida pela Constituição. Por esse motivo, Humberto Ávila anota que a previsibilidade e a calculabilidade funcionam como verdadeiros pressupostos para a eficácia do princípio da liberdade. Nas palavras do citado autor:

Sem um ordenamento jurídico cognoscível, confiável e calculável não se pode minimamente exercer com autonomia os direitos patrimoniais de

²⁹² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** (...). Op. cit., p. 226

²⁹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar** (...). Op. cit., p. 196 (texto entre colchetes incluído).

²⁹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar** (...). Op. cit., p. 196 (texto entre colchetes incluído).

²⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** (...). Op. cit., p. 225.

liberdade, nem exercer a liberdade de autodeterminação: para poder trabalhar ou para exercer atividade econômica, o cidadão precisa saber quem pode produzir as normas que irão regular a sua atividade e o seu funcionamento, como estas podem ser editadas, qual é o seu conteúdo e como elas condicionam e restringem a escolha da profissão ou da atividade e o seu contínuo exercício. Sem saber quais são as normas e quais são as autoridades que as podem editar, e sem que essas normas sejam minimamente estáveis e vinculantes para as autoridades, o cidadão, a rigor, não tem condições mínimas de agir e de planejar com liberdade.²⁹⁶

Note-se, a decisão sobre a adoção de uma conduta “A” ou outra conduta “B” ou, ainda, a decisão sobre a não adoção de qualquer conduta fica prejudicada se o indivíduo não souber, de antemão, as consequências que cada uma delas pode gerar. Ao não ter certeza sobre as consequências jurídicas decorrentes da prática, por exemplo, da conduta “B”, e sabendo das consequências jurídicas da conduta “A” e da hipótese de não adoção de qualquer das condutas, o indivíduo estará constrangido a decidir pela prática da conduta “A” ou por nada fazer. Embora “livre” para optar pela conduta “B”, não o fará de forma consciente sobre as respectivas consequências jurídicas, estando, dessa forma, sujeito às surpresas que, por sua vez, podem ser positivas ou negativas, mas nunca previsíveis. O jogo do direito, nessa hipótese, acaba por virar um jogo de azar, no qual a participação do jogador é guiada pela intuição e não pelo planejamento pautado pela liberdade de escolhas conscientes.

O indivíduo deve ter consciência, em relação às consequências jurídicas, não só dos atos que praticar ou que deixar de praticar, mas daqueles que, ainda que por hipótese, em um esforço de imaginação, puderem ser praticados. Vale a lição de José Afonso da Silva, para quem a liberdade “*consiste na possibilidade de coordenação consciente*”²⁹⁷ das condutas necessárias para a satisfação dos interesses próprios dos indivíduos. Da mesma forma, essa liberdade passa também pela previsibilidade em relação às consequências jurídicas dos atos praticados por terceiros. Ora, se para um determinado indivíduo a tomada de decisão pelo exercício da conduta “A” lhe trará uma consequência “Aa”, para qualquer outro indivíduo que não detenha qualquer característica de especialidade e que adotar a mesma conduta “A”, é preciso ter a certeza de que a consequência será a mesma, “Aa”. Aqui, tem-se a aplicação do princípio da igualdade.

Se a conduta “A” vem gerando a consequência “Aa” de forma reiterada, é certo – ou, pelo menos, é isso que se busca pela previsibilidade – que qualquer indivíduo, salvo condições especiais de desigualdade, que realizar a mesma conduta “A” só poderá se

²⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** (...). Op. cit., p. 226.

²⁹⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito** (...). Op. cit., p. 233.

submeter à consequência “Aa”. É certo que os indivíduos criam expectativas de que, ocorrendo situações semelhantes, sejam elas praticadas por esses ou outros indivíduos, a norma a ser aplicada será a mesma, ou seja: deve haver previsibilidade de que a consequência jurídica gerada pela conduta do caso mais recente é a mesma consequência jurídica gerada em caso passado. Ora, se a jurisprudência é a consolidação do pensamento dos órgãos jurisdicionais, “*essa jurisprudência deve ser produzida no sentido de que todos que estejam na mesma situação, e que venham procurar a intervenção estatal buscando a prestação jurisdicional, obtenham a mesma solução*”²⁹⁸, dando efetividade, assim, ao princípio da igualdade.

A ausência de certeza sobre as consequências advindas das condutas que podem ser praticadas pelos indivíduos – por obscuridade em relação à forma de aplicação da norma, por dúvidas sobre a aplicação de uma das consequências, em face de outras possíveis ou pela falta de confiança em relação à continuidade da aplicação de eventual consequência previamente conhecida – tolhe a própria liberdade de se praticar as condutas.

É nessa necessidade de uniformização da aplicação das normas jurídicas que reside a finalidade a ser alcançada pelo princípio da igualdade. Assim:

[...] podem ser deduzidos os elementos de confiabilidade e calculabilidade que compõem a segurança jurídica: de confiabilidade, porque o dever de aplicação uniforme gera o dever de manutenção da mesma decisão para casos iguais, favorecendo a estabilidade e a vinculatividade do direito; de calculabilidade, visto que o cidadão pode prever a mesma solução para casos iguais, planejando suas atividades ao saber que, praticando o mesmo ato, a ele deverá ser atribuída idêntica consequência.²⁹⁹

É fácil, pois, constatar que a efetividade dos princípios da liberdade e da igualdade conduz ao ideal de segurança jurídica, notadamente aquele representado por confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade.

3.4.4.1. Livre exercício do trabalho e de atividades econômicas

A Constituição Federal indica a existência de um forte Estado Social, na medida em que impõe como dever do Estado o direcionamento das atividades econômicas para a

²⁹⁸ COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito** (...) Op. cit., p. 28.

²⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** (...). Op. cit., p. 230.

realização do bem-estar social. A liberdade de profissão³⁰⁰, a livre- iniciativa³⁰¹ e a livre concorrência³⁰² devem caminhar ao lado dos preceitos relativos à valorização do trabalho humano no trajeto que deve levar, obrigatoriamente, à satisfação da dignidade da pessoa humana (e.g., em relação ao exercício da profissão pelo indivíduo) e à satisfação dos interesses atinentes ao bem-estar da coletividade (e.g., no que tange ao desenvolvimento de atividades econômicas sob a coordenação do Estado).

A dignidade da pessoa humana, a livre-iniciativa e os valores sociais do trabalho são princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, como expressamente destaca o texto constitucional, logo em seu artigo primeiro³⁰³. Todos em decorrência lógica da liberdade³⁰⁴.

O texto constitucional de 1988 inaugurou um modelo descentralizado das atividades econômicas. É possível afirmar que se trata de uma ordem econômica que privilegia o liberalismo econômico, estando presentes, fortemente, os ditames da livre- iniciativa e da livre concorrência³⁰⁵.

Por outro lado, é fácil perceber que este liberalismo econômico privilegiado pela Constituição de 1988 não significa que o Brasil se apresenta como um Estado com as características da liberalidade econômica inerente àquele Estado Liberal dos séculos XVIII e XIX. A ordem econômica atual permite que o Estado intervenha no domínio econômico sempre que constatados abusos que são naturais quando se está diante de uma econômica liberal. Optou, o legislador, por um Estado tipicamente intervencionista³⁰⁶.

³⁰⁰ Constituição Federal: “Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIII – É livre o exercício de qualquer tipo de trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

³⁰¹ Constituição Federal: “Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”.

³⁰² Constituição Federal: “Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência”.

³⁰³ Marcelo Guerra Martins coloca o princípio da livre-iniciativa como direito fundamental que também visa garantir a dignidade da pessoa humana, na medida em que à “liberdade para alguém exercer profissão ou empreender atividade econômica”, eis que é “a partir do exercício da atividade profissional ou da atuação econômica que os indivíduos retiram o sustento diário, adquirindo o patrimônio capaz de garantir a sua dignidade”. (MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, Propriedade e Igualdade Fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 165-166).

³⁰⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica...** Op. cit., p. 213.

³⁰⁵ Art. 170. (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

³⁰⁶ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica(...)**. Op. cit., p. 213-214.

Embora a liberdade para o desenvolvimento das atividades econômicas – individual ou empresarialmente – seja, de certa forma, limitada por um extenso ordenamento estruturado que visa controlar com mais eficiência essas atividades, no intuito de dirigi-las para que se possa alcançar os fins sociais³⁰⁷, é certo que cada um desses limites é (e deve ser assim) de conhecimento prévio de todos os partícipes de uma sociedade.

O caráter intervencionista do Estado brasileiro, pois, não quer significar a intromissão no mercado para evitar seus avanços de forma arbitrária e irracional – o que ocorreria caso não houvesse a materialização dos ideais de confiabilidade, certeza, calculabilidade e previsibilidade.

O princípio da liberdade envolve a proteção da livre-iniciativa como fundamento para desenvolvimento das atividades econômicas pelos particulares. Isso significa que, desde que seja lícito, pode-se empreender e praticar as atividades econômicas segundo seus próprios interesses e conveniências, e com a consciência necessária para planejar as condutas que julgar mais ou menos onerosas.

É direito fundamental do indivíduo poder praticar as atividades que desejar e da forma que desejar, desde que, por óbvio, trate-se de atividades que não sejam tomadas pelo ordenamento como proibidas (ilícitas). Dentro da possibilidade de exercício de atividades econômicas lícitas, respeitados os mecanismos de controle (*e.g.*, livre concorrência³⁰⁸), o indivíduo é livre para atuar, como e quando quiser, no domínio econômico. A livre-iniciativa é, pois, “*a parcela de liberdade, desdobrada como liberdade ao exercício de atividade econômica*”³⁰⁹, como afirma Diego Bomfim.

Nesse sentido, o conhecimento prévio sobre as consequências que podem ser geradas em face de cada ato praticado e de cada conduta omissiva cria para o indivíduo expectativas que garantem uma tomada de decisão consciente, tornando seguro – e, por isso, permitindo – o exercício da atividade econômica.

³⁰⁷ Daí se vê a outorga de competência a fim de que o Estado intervenha nas relações econômicas para a correção de algum distúrbio temporário, com o fito de assegurar emergencialmente os valores sociais. Mais sobre o assunto, Cf. MARINHO, Rodrigo César de Oliveira. **Intervenção sobre o Domínio Econômico** (...). Op. cit., p. 110/111.

³⁰⁸ “*Já se vai percebendo que sem a presença da livre-iniciativa não se falar em livre concorrência, surgindo, nesse ponto, a identificação da relação entre os dois princípios, uma relação de desdobramento artificial em que o segundo (livre concorrência) funciona como delineador do primeiro (livre-iniciativa), numa relação circular de autoingerência*” (BOMFIM, Diego. **Tributação & Livre Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 175)

³⁰⁹ BOMFIM, Diego. **Tributação & Livre Concorrência**. (...). Op. cit., p. 173.

É certo que a falta de confiança, certeza, previsibilidade e calculabilidade impede o livre exercício da atividade econômica. Ora, não se podem adotar condutas relativas à tomada de decisões empresárias sem ter conhecimento prévio das consequências jurídicas que tais condutas podem gerar. Com relação à incidência tributária, a consciência prévia é essencial, já que, em razão dos importantes reflexos econômicos, pode ser decisiva para o sucesso ou o insucesso do empreendimento.

A livre-iniciativa, nas palavras de Miguel Reale “*é a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas*”³¹⁰. A liberdade, projetada na livre-iniciativa, deve, ainda segundo o autor, assegurar “*a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados*”³¹¹. Eis a liberdade de fins e meios que informa o princípio da livre- iniciativa.

Não há como falar em autonomia se o indivíduo for impedido de identificar os processos e meios mais adequados à consecução dos fins pretendidos. E será impedido, por via oblíqua – não por vedação expressa –, se faltar (i) a confiança necessária em relação à aplicação das normas jurídicas, segundo procedimentos bem definidos; (ii) a certeza sobre que norma jurídica aplicar, ou melhor, sobre qual é o sentido que deve ser dado às proposições prescritivas; (iii) a previsibilidade sobre as consequências jurídicas que serão geradas pelas condutas escolhidas; e (iv) a calculabilidade em relação à possibilidade de realização de planejamento com base nas consequências que previamente se conhecem no que diz respeito a cada conduta que pode ser praticada.

Nessa mesma linha, Humberto Ávila afirma que:

[...] “a previsibilidade dos efeitos das decisões futuras e a sua estabilidade constituem condições necessárias para o exercício racional e funcional da liberdade, especialmente considerando que a autonomia é fundada no Direito e é exercida dentro dos seus limites.”³¹²

Para o exercício da livre-iniciativa, pensando exemplificativamente no investimento (ou na expectativa de investir) feito pelo indivíduo em determinada atividade empresarial no domínio econômico, é essencial a confiabilidade numa situação estável, como explicitado por Humberto Ávila.

³¹⁰ REALE, Miguel. Medidas provisórias – choque na economia – controle de preços – liberdade empresarial – penalidades e discricionariedade. **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, 1989, v. 91. p. 68.

³¹¹ REALE, Miguel. **Medidas provisórias** (...). Op. cit., p. 70.

³¹² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** (...). Op. cit., p. 224.

Caso não se verifique essa estabilidade, ou se o investidor sentir que determinada atividade econômica é instável, tendo em vista a ausência de confiabilidade, por exemplo, em relação às normas tributárias que incidirão sobre as atividades que pretende praticar, a *liberdade* de promover seus atos negociais será tolhida por via indireta – ninguém (ou quase ninguém), em sã consciência e conhecedor dos riscos relativos ao investimento empresarial, investirá numa atividade em relação à qual não se tem previsibilidade e não se pode planejar (calculabilidade) o futuro. Por isso, “*o investimento que envolve imóveis ou atividades industriais, por exemplo, carece de uma extensa duração; o investidor somente investe, portanto, se puder julgar e calcular, com base no Direito Tributário, em longo prazo*”³¹³.

Washington Monteiro de Barros, escrevendo sobre a relação direta entre a irretroatividade e a segurança das relações, deixa claro que, ante a ausência da irretroatividade – que impediria a previsibilidade:

[...] inexistiria qualquer segurança nas transações, a liberdade civil seria um mito, a estabilidade patrimonial desapareceria e a solidez dos negócios estaria sacrificada, para dar lugar a um ambiente de apreensões e incertezas, impregnado de intranquilidade e altamente nocivo aos superiores interesses do indivíduo e da sociedade”³¹⁴.

A previsibilidade, pois, é vital para as sociedades capitalistas, nas quais a livre-iniciativa se destaca como característica do domínio econômico. Nas palavras de José Eduardo Martins Cardozo, “*nas sociedades capitalistas, marcadas pelo amplo processo de circulação de mercadorias, e por outras características vitais, ela é indispensável para a ‘segurança das relações sociais’*”³¹⁵.

3.4.4.2. Efetividade da legalidade e irretroatividade para atendimento da igualdade

As condutas adotadas pelos contribuintes, em situações iguais, devem dar azo à instauração de relações jurídicas tributárias também semelhantes. Ao auferir renda de trabalho lícito, no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o contribuinte “A” submeterá a incidência do imposto sobre a renda à alíquota de 27,5%. A mesma consequência jurídica deve ocorrer

³¹³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** (...). Op. cit., p. 224/225.

³¹⁴ BARROS, Washington Monteiro de. **Curso de Direito Civil**. V. 1. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 31.

³¹⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: RT, 1995, Nota rodapé. p. 105.

quando da verificação de que o contribuinte “B” também auferiu a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), decorrente de trabalho lícito. Diga-se o mesmo em relação aos contribuintes “C” e “D” que se acham na mesma situação dos contribuintes “A” e “B”³¹⁶.

Deve ser assim, até que a norma jurídica aplicada seja alterada. A partir daí, as condutas podem implicar consequências diversas, segundo a nova prescrição trazida pela nova norma jurídica. Os contribuintes “E” e “F”, que adotaram a conduta descrita na hipótese de incidência após a alteração da norma jurídica, estarão submetidos às novas prescrições trazidas por essa norma, ainda que se enquadrem na mesma situação dos contribuintes “A”, “B”, “C” e “D”. Entretanto, desde já seja pontuado, os contribuintes “G” e “H”, que realizaram o evento descrito no antecedente da norma jurídica antes da sua alteração, mas que ainda não efetivaram o pagamento do respectivo tributo, devem se submeter à mesma tributação à qual se submeteram os contribuintes “A”, “B”, “C” e “D”.

Quando se proíbe a retroatividade da norma jurídica nova, a diretriz é no sentido de atender, também, ao princípio da igualdade. Já que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, deve-se-lhes garantir a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade – é o conteúdo que se pode extrair do artigo 5º da Constituição Federal. Como já se vem afirmando, percebe-se, da leitura desse dispositivo, o entrelaçamento entre o princípio da igualdade e o princípio da liberdade e, da mesma forma, em relação ao princípio da propriedade e da segurança.

Assim como o fez em relação à irretroatividade, o legislador constituinte também deu ênfase tributária ao princípio da igualdade, uma vez que inseriu no rol dos direitos fundamentais do contribuinte uma vedação expressa para proibir o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrarem em situação equivalente; prescreveu ainda, e de forma mais clara, a proibição de qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função exercida pelos contribuintes, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos e direitos³¹⁷. Daí decorre a positivação, além da irretroatividade, do fundamento para evitar que

³¹⁶ “A lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade. Melhor expondo, quem está na mesma situação jurídica deve receber o mesmo tratamento tributário. Será inconstitucional – por burla ao princípio republicano e ao da isonomia – a lei tributária que selecione pessoas, para submetê-las a regras peculiares, que não alcançam outras, ocupantes de idênticas posições jurídicas” (CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito** (...). Op. cit., p. 79/80).

³¹⁷ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

os contribuintes “G” e “H”, acima mencionados, sejam tributados com base na nova norma jurídica.

O princípio da igualdade, assim como os demais princípios que asseguram a segurança jurídica, possui como destinatário todos os que têm a competência para a criação e a aplicação de normas jurídicas. A igualdade obriga tanto o legislador das Casas Legislativas e o legislador do Poder Executivo, quanto o legislador do Poder Judiciário. Também guia a interpretação promovida por aqueles que não têm competência para legislar, entre eles, o intérprete social e o intérprete científico³¹⁸.

Quando se fala em igualdade deve-se ter em mente que há um critério comparativo para afirmar haver semelhança entre as situações. Entre os contribuintes “A”, “B”, “C”, “D”, “G” e “H” foi eleito um critério comparativo que possibilita afirmar que todos eles praticaram condutas semelhantes. Da mesma maneira, para comparar as situações entre esses contribuintes e os contribuintes “E” e “F” também foi eleito um critério comparativo que permite afirmar que, apesar de terem praticado condutas semelhantes, as situações entre os primeiros e esses dois últimos implica uma aplicação normativa diferente. Igualdade é, assim, relativa. Ser igual ou desigual significa reconhecer critérios de comparação entre as situações. Dois pontos precisam ser observados: (i) é necessário que os critérios escolhidos para comparação tenham correlação lógica com o propósito da própria comparação; e (ii) não basta saber se, diante dos critérios, as situações são iguais ou desiguais, mas, adicionalmente, é preciso saber se elas devem ou não receber um tratamento diferenciado.

Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra que estuda o princípio da igualdade, expõe os critérios para a verificação do atendimento ou não desse princípio. Analisando o princípio da igualdade sob o foco do tratamento desigual que deve ser dado àqueles que se encontram em situação de desigualdade, o citado autor elenca três aspectos para verificar se a diferenciação de tratamento é válida. Em primeiro lugar, afirma que *“tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório³¹⁹”*; em segundo lugar, é preciso saber *“se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da*

³¹⁸ Sobre o princípio da igualdade, Paulo de Barros Carvalho assim opina: *“Seu destinatário [do princípio da igualdade] é o legislador, entendido aqui na sua proporção semântica mais larga possível, isto é, os órgãos da atividade legislativa e todos aqueles que expedirem normas dotadas de jurisdição”*. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem** (...) Op. cit., p. 266).

³¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 21/22.

*desigualdade proclamada*³²⁰”; e, por fim, deve-se “*analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores privilegiados no sistema normativo constitucional*”³²¹”.

Esses aspectos foram pontuados pelo citado autor para a averiguação da validade da discriminação. Entretanto, tomando esses aspectos como base, também se pode, por meio deles, analisar a própria situação de igualdade. Quer-se dizer: tanto a análise sobre a validade de tratamentos iguais quanto de tratamentos desiguais podem ser feitas com base nesse modelo. Como dito, nenhuma coisa, pessoa ou situação é completamente igual a outra. O estabelecimento de critérios de comparação é que trará a ideia de igualdade ou desigualdade. Adaptando-se os aspectos trazidos por Celso Antônio Bandeira de Mello a essa mencionada perspectiva, pode-se afirmar que a avaliação sobre a validade sobre o tratamento dispensado – se igual ou desigual – deve seguir os seguintes aspectos: (i) verificação do critério comparativo adotado; (ii) verificação da correlação lógica entre o critério comparativo escolhido e o tratamento jurídico que é dado às condutas; e (iii) verificação sobre o fundamento constitucional do propósito da comparação.

Essas ideias podem ser extraídas também do trabalho de Humberto Ávila que estuda o princípio da igualdade. Segundo o referido autor, a igualdade deve ser definida como a “*relação entre dois ou mais sujeitos [ou situações], com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de elemento(s) indicativo(s), que serve(m) de instrumento para realização de uma determinada finalidade*”³²². O citado autor usa os elementos “medida de comparação”, “elemento indicativo da medida de comparação” e “finalidade da diferenciação” para avaliar a validade de determinado comportamento e a respectiva consequência jurídica ante o princípio da igualdade.

Partindo também da estrutura proposta por Humberto Ávila, podem-se apontar as seguintes diretrizes para a verificação sobre a correção ou não do tratamento que é dispensado às várias situações sociais, sob a perspectiva de análise do princípio da igualdade. Nesse sentido, deve-se analisar: (i) o critério de comparação; (ii) a correlação entre o critério de comparação e a finalidade pretendida; e (iii) o alinhamento dessa finalidade aos propósitos constitucionais.

³²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico** (...) Op. cit., p. 21/22.

³²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico** (...) Op. cit., p. 21/22.

³²² ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 2009. p. 42 (texto entre colchetes aditado)

Sobre o critério de comparação “i”, as seguintes diretrizes precisam ser atendidas: (i.a) deve ser extraído da própria situação que se pretende comparar³²³; (i.b) deve ser comum às situações que estão postas para comparação; (i.c) deve ser pertinente à finalidade pretendida³²⁴; e (i.d) deve servir como *elemento indicativo da medida da comparação* que seja congruente também com a finalidade pretendida da comparação³²⁵.

Em relação à correlação entre o critério de comparação e a finalidade pretendida “ii”, é preciso que seja identificada a *relação de pertinência* entre o critério de comparação e a finalidade pretendida. Essa relação de pertinência existe quando o critério de comparação escolhido possui atributos que provocam o efeito desejado – aqueles da finalidade pretendida. Humberto Ávila iguala o termo pertinência ao termo relevância para explicar esse ponto. Diz o citado autor: “afirmar que uma medida de comparação é pertinente é o mesmo que dizer que ela é relevante. E afirmar a relevância de alguma coisa é dizer que ela ajuda e colabora com algo, ou conduz a algo, ou serve à realização de algo”³²⁶.

E, por último, em relação ao alinhamento entre a finalidade pretendida e os propósitos constitucionais, é importante frisar que a *relação de pertinência* entre o critério de comparação e a finalidade pretendida deve ser orientada pela Constituição Federal. Como dito por Celso Antônio Bandeira de Mello, “não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado [ou igualitário, se for levada em conta a avaliação da validade das comparações, como proposto]”³²⁷. Em relação a isso, conclui o citado autor:

³²³ “O traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico** (...) Op. cit., p. 23).

³²⁴ “A medida [critério] de comparação não surge antes (logicamente) da finalidade. Ela surge depois. Claro, para saber como comparar dois sujeitos é preciso, antes, saber a finalidade da comparação.” [ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. (...) Op. cit., p. 45 (texto entre colchetes aditado)].

³²⁵ Como exemplo, Humberto Ávila elucida a função do *elemento indicativo da medida de comparação*: “Há uma relação fundada entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo quando existe um vínculo de correspondência estatisticamente fundada entre o elemento indicativo e a medida de comparação. Por exemplo, a idade, para a maior parte dos casos, é elemento indicativo da capacidade de discernimento: um jovem de doze anos normalmente não tem capacidade para avaliar maduramente os acontecimentos da vida pública de um país, ao passo que um homem de trinta e cinco anos geralmente tem condições de fazê-lo. Vale dizer que entre a idade (elemento indicativo da medida de comparação) e a capacidade de discernimento (medida de comparação) existe uma relação de causa e efeito, uma correlação, no sentido de uma relação de dependência entre os dois elementos, de tal sorte que a presença de um elemento leva à do outro (ter doze anos normalmente afasta a presença de capacidade de discernimento ou ter trinta e cinco anos geralmente leva à existência de capacidade de discernimento)” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 2009. p. 42).

³²⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. (...) Op. cit., p. 47.

³²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico** (...) Op. cit., p. 42 (texto entre colchetes aditado).

Não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente poder-se arguir o fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário.³²⁸

Nesse ponto, além do atendimento às diretrizes relacionadas à escolha do critério de comparação e àquelas relacionadas à *relação de pertinência* entre o critério de comparação e a finalidade pretendida, a igualdade só restará atendida se a finalidade almejada tiver amparo e fundamento na Constituição Federal.

Analisando-se o exemplo dado nos primeiros parágrafos deste tópico, as diretrizes desse modelo de avaliação da efetividade do princípio da igualdade, pode-se afirmar que o critério comparativo entre as situações deve ser o *tempo no fato*.

O *tempo no fato* é o tempo no qual a conduta do indivíduo ocorreu. É diferente do *tempo do* fato. Enquanto aquele dá as notas de tempo relacionadas à data e à hora em que a conduta aconteceu (*e.g.*, o exato momento do recebimento de rendimentos tributáveis), este último está relacionado às notas de tempo do próprio ato administrativo que carrega a autuação fiscal e exige do contribuinte o pagamento pelo imposto que deixou de pagar, tendo em vista haver auferido renda superior aos limites de isenção³²⁹.

Em relevo o critério *tempo no fato*, pois é marco necessário para a determinação da norma jurídica que deve ser aplicada, fazendo nascer a respectiva relação jurídica. A norma jurídica que deve ser aplicada é aquela que estiver vigente na data refletida pelo *tempo no fato*. É o *tempo no fato* que determinará se as condutas praticadas pelos contribuintes serão tributadas segundo a norma jurídica antiga ou a segundo a norma jurídica alterada, tal como exemplificado. É o *tempo no fato* que permite a tributação diferente entre o grupo de contribuintes formados por “A”, “B”, “C”, “D”, “G”, “H” e o grupo de contribuintes formado

³²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico** (...) Op. cit., p. 43.

³²⁹ Paulo de Barros esclarece que “o tempo do fato é aquele instante no qual o enunciado denotativo, perfeitamente integrado como expressão dotada de sentido, ingressa no ordenamento do direito posto, não importando se veiculado por sentença, por acórdão, por ato administrativo ou por qualquer outro instrumento introdutório de normas individuais e concretas. Tratando-se de fato jurídico tributário, é o tempo em que o expediente próprio, realizado por quem detiver a competência e na conformidade do procedimento previsto em lei, for tido por ato jurídico válido. (...) Algo diverso é o tempo no fato, isto é, a ocasião a que alude o enunciado factual, dando conta da ocorrência concreta de um evento (...) Vamos encontrar o tempo no fato obviamente depois de composto o enunciado prescritivo, ao entrarmos em contacto com o texto do ordenamento em vigor. Analisando sua redação, perceberemos que menciona um acontecimento necessariamente pretérito. Esta menção é o tempo no fato, supinamente importante, na medida em que assinala os efeitos declaratórios do enunciado factual” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 194 e 196).

por “E” e “F”. Da mesma forma, considerando que a conduta dos contribuintes “A”, “B”, “C”, “D”, “G”, “H” se amolda à hipótese de incidência do imposto sobre a renda e que elas aconteceram na vigência de uma mesma norma jurídica, não há motivos a justificar a aplicação da norma nova, nem mesmo para os contribuintes “G” e “H”; estes pagaram o tributo na vigência da norma jurídica nova, desde que considerado o *tempo no fato*, ou seja, o momento no qual a conduta submetida à incidência tributária aconteceu.

Evitar que o grupo de contribuintes formado por “A”, “B”, “C”, “D”, “G”, “H” seja tributado segundo as consequências prescritas pela norma nova e, da mesma forma, evitar que os contribuintes “E” e “F” sejam tributados com base na norma antiga é o que garante a igualdade entre eles, *na medida das suas desigualdades*³³⁰, de acordo com o critério de comparação ora adotado: o *tempo no fato*. Essa medida tem razão constitucional de ser, sendo necessária para a efetivação das regras da legalidade e da irretroatividade. E, uma vez, nesses casos, alcançada a efetivação dessas regras, alcança-se o princípio da igualdade, assegurando-se a segurança jurídica³³¹.

Note-se que o critério de comparação escolhido *tempo no fato* é comum a todas as condutas que podem fazer nascer a relação jurídica tributária, como exemplificado, relativa ao pagamento do imposto sobre a renda. Entre todas as condutas que representam o acúmulo de renda, o critério *tempo no fato* é essencial para a tributação que recairá sobre cada contribuinte. É critério extraído da própria situação que se deseja comparar; é comum às situações comparadas; é pertinente à finalidade pretendida – aquela relativa à vedação da (i) exigência de tributo sem lei anterior que assim prescreve e (ii) vedação à retroatividade da norma tributária – na medida em que é critério necessário para a determinação da norma a ser aplicada e é plenamente elegível como *elemento indicativo da medida da comparação*, porquanto o *tempo no fato* implica o direcionamento do intérprete e do intérprete aplicador à

³³⁰ Vale a referência à célebre frase atribuída pela vasta doutrina do direito brasileiro a Aristóteles, para quem os termos referem-se à igualdade, consistindo esta em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. Sobre o assunto, é válida a leitura feita por Ruy Barbosa: “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. (...) Tratar com desigualdade a iguais, a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real” (BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*. In: BARBOSA, Ruy; VILLELA, José Guilherme. **Oração aos Advogados/Oração aos Moços**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008. p. 48).

³³¹ Tércio Sampaio Ferraz Jr. esclarece que a segurança jurídica é formada pelas variáveis “certeza” e “igualdade”: “para a primeira, se o Estado não estabelecer, de modo uniforme, os conteúdos, o cidadão não terá certeza e, pois, estará inseguro. Para a segunda, se o cidadão não for tratado com isonomia pela autoridade competente, cujo limite de ação esteja claramente discriminado, estar-se-á gerando insegurança social” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. In: **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, v. 17-18. p. 52).

leitura do ordenamento jurídico vigente à época desse *tempo*. Ao saber que a conduta “A” aconteceu no tempo “T.a”, o intérprete e/ou aplicador já saberá de antemão que, para dar efetividade às regras da legalidade e irretroatividade (note-se, aqui, a congruência do *elemento indicativo da medida da comparação* com a finalidade pretendida), a norma jurídica a ser aplicada é aquela que faz (ou fez) parte do ordenamento “O.a”, aquele vigente no tempo “T.a” do ordenamento vigente.

Saber sobre o *tempo no fato* é de extrema relevância para dar efetividade às regras constitucionais da legalidade e irretroatividade. É garantir que o contribuinte só será tributado na vigência da lei tributária no momento do exercício da conduta tributável. Afirmar a relevância do *tempo no fato* para a comparação que se está a fazer significa dizer que esse critério comparativo serve à realização dessas regras, garantidoras, em última análise, dos ideais de confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade.

Assim, a realização de uma conduta no tempo “T.a” e também no “T.b” implica a necessidade de verificação da norma jurídica aplicável em cada um desses “tempos”. A norma do tempo vigente quando da realização da conduta A, “Nt.a”, só pode ser aplicada à conduta praticada em “T.a”; já a norma do tempo vigente quando da realização da conduta B, “Nt.b”, só pode ser aplicada à conduta praticada em “T.b”. Ressalva implícita – decorrente da própria interpretação sistêmica – ao artigo 150, II, da Constituição Federal deve ser feita: não é possível instituir tratamento desigual a contribuintes que se encontrem em situação equivalente, a não ser que tais contribuintes realizem a hipótese de incidência tributária em tempos diferentes e, necessariamente, que a cada tempo as prescrições normativas sejam, de igual modo, diferentes e na exata medida dessas diferenças verificadas.

Vale lembrar que *“a lei, que é igual para todos, deve ser do mesmo modo sentida e uniformemente aplicada em todo o território por ela abrangido. É na unidade e na autoridade da lei que repousa a noção da unidade e da autoridade do Estado”*³³². Nesse ponto, o atendimento à igualdade está na aplicação uniforme da lei, de forma linear a todos os que se encontram na mesma situação jurídica, inclusive e necessariamente em relação ao tempo em que as condutas são praticadas.

³³² LIMA, Diomar Bezerra. Súmula vinculante: uma necessidade. In: **Revista de Processo**. Ano 27, n. 106, abril-junho, 2002. p. 218.

O critério *tempo no fato* é, pois, primordial para averiguar o cumprimento da legalidade e da irretroatividade, servindo de base para alcançar a segurança jurídica e garantir confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade às relações sociais.

3.5. Garantia da segurança jurídica pela irretroatividade das normas tributárias

A Constituição Federal estabeleceu que não se pode cobrar tributo novo ou cobrar tributo antigo majorado por lei nova, em relação a fatos geradores acontecidos antes da edição da respectiva lei que criou ou que majorou o referido tributo. O texto constitucional só fez menção à criação e à majoração de tributo. Entretanto, é necessário fazer uma leitura mais ampla. Em verdade, a irretroatividade da norma jurídica tributária é regra que deve ser aplicada a qualquer situação que venha a criar um ônus ao contribuinte, sob pena de negar efetividade aos princípios da igualdade, liberdade e propriedade, assim como foram tratados nas linhas anteriores. Sobre esse assunto, leciona Heleno Taveira Torres: “*isso [a análise do alcance da irretroatividade] precisa ser entendido em um sentido mais amplo, que envolva todos os elementos da norma tributária, e.g., apuração de créditos, titularidade de sujeição passiva e outros*”. Em última análise, reconhecer a aplicação da regra da irretroatividade a toda e qualquer norma jurídica tributária que onere a conduta dos contribuintes é de fundamental importância para garantir a segurança jurídica e os ideais de confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade.

O contribuinte não pode ser surpreendido com a criação de qualquer obrigação tributária que venha a ser aplicada em relação a fatos do passado – anteriores à criação da norma jurídica que gerou essa obrigação. Aos contribuintes é assegurado o direito de planejar a sua vida econômica segundo as normas vigentes à época dos fatos a serem praticados. Aliás, a garantia à segurança jurídica, quando se fala em aplicação de norma jurídica tributária, é tão mais consagrado do que em outras situações que até mesmo em relação a alguns fatos futuros – posteriores à edição da norma jurídica –; deve-se evitar a exigência de qualquer nova obrigação que venha a onerar mais ainda o contribuinte em relação ao presente. Trata-se, aqui,

da regra da anterioridade tributária³³³. Salvo algumas situações contempladas pelo constituinte originário e derivado, a norma tributária só poderá produzir efeitos, no mínimo, noventa dias após haver sido editada.

Ou seja, além de não ser surpreendido com uma norma jurídica nova que lhe impute uma obrigação tributária decorrente de fatos passados, o contribuinte também está protegido de uma mudança abrupta, ainda que com validade a partir do presente, no regime jurídico tributário ao qual está submetido. Isso só demonstra a preocupação do legislador constituinte com a confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento. O contribuinte, que faz seu planejamento para atuar dentro do exercício da livre-iniciativa, não pode ser surpreendido com a alteração abrupta ou em relação ao passado do regime jurídico tributário.

Claro está que a regra da irretroatividade deve ser atendida, nesse sentido mais amplo, para garantir a efetividade dos princípios da liberdade, igualdade e propriedade e, por consequência, para garantir o alcance da segurança jurídica. Vale trazer as palavras de Humberto Ávila sobre o assunto:

A CF/88, ao proibir a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (art. 150, III, "a"), igualmente estabelece a promoção dos ideais de confiabilidade e previsibilidade do (e pelo) ordenamento jurídico: não podendo os efeitos das normas jurídicas hoje válidas ser objeto de modificação por normas futuras, o contribuinte apresenta maiores condições de confiar tanto na permanência das normas e dos seus efeitos quanto na vinculatividade do ordenamento jurídico como um todo.³³⁴

Tudo isso leva à conclusão, já mencionada várias vezes neste trabalho, de que a efetividade de regras constitucionais, tais como a irretroatividade e a legalidade, visa ao alcance e efetividade de algo maior, a segurança jurídica, materializada pela proteção à segurança, preservação da certeza, da previsibilidade e da calculabilidade.

³³³ “A alínea “b” do inciso III do art. 150 da CF/88 estabelece que os impostos não poderão ser exigidos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido editada a lei que os instituiu ou que os aumentou. Tal regra garante a antecipação da mudança normativa ou, pelo menos, a sua calculabilidade, porquanto auxilia para que os contribuintes possam contar com a possibilidade de mudança normativa no final do exercício financeiro. Diz-se isso porque a regra da anterioridade pode significar a antecipação em apenas um dia do momento da cobrança do novo tributo, caso seja a lei que o instituiu ou que o aumenta editada no final do exercício financeiro. Nesse caso, se não garante antecipação daquilo que será aplicado, essa regra, pelo menos, proporciona previsão daquilo que pode vir a ser alterado. Não assegura previsibilidade, mas oferece calculabilidade, que, se não elimina a incerteza, pelo menos evita a surpresa” (ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** (...). Op. cit., p. 598).

³³⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** (...). Op. cit., p. 242.

Em direito tributário, a exigência pela ampla e completa irretroatividade se torna mais enfática na medida em que a efetividade dessa regra é necessária para o atendimento, além dos princípios da igualdade e liberdade, do princípio da propriedade³³⁵.

Interessa, agora, identificar os destinatários da irretroatividade das normas tributárias. Quem – e de que forma – está submetido à regra da irretroatividade tributária? O Poder Judiciário submete-se a essa regra? Em que medida? É o que será respondido adiante.

3.6. Os destinatários da norma da irretroatividade

A Constituição Federal, quando tratou da regra da irretroatividade, seja no âmbito geral ou no âmbito das relações jurídicas tributárias, usou como objeto a lei. Ou seja, é a “lei”, como expressamente foi escrito, que está na mira da regra da irretroatividade. Revisitado o texto constitucional, tem-se que (i) *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada* (artigo 5º, XXXVI), (ii) sendo vedado cobrar tributos *em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado* (artigo 150, III, “a”).

Tomando a “lei” como objeto da regra da irretroatividade, em sentido estrito, quando se trata de matéria tributária, tem-se, como uma primeira conclusão lógica, que é ao Poder Legislativo que essa regra está direcionada. Mas não só. É norma que se destina a todos os intérpretes e aplicadores do ordenamento, sendo igualmente destinada ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário.

Para o Poder Legislativo, a regra da irretroatividade veda a criação de lei que tome como hipótese de incidência para geração de uma obrigação tributária fatos anteriores à sua publicação – devendo atender, ainda, às regras da anterioridade, conforme cada caso. Para o Poder Executivo, o princípio funciona como um impedimento para, por exemplo, a lavratura de um auto de infração com base na aplicação de lei nova a determinados fatos acontecidos

³³⁵ “Lei retroativa é aquela que rege fato ocorrido antes de sua vigência, proibição que a Carta Magna estabelece como princípio geral, abrindo particularíssimas exceções para as hipóteses de preceitos interpretativos ou, no caso de infrações e de sanções, para beneficiar o acusado. Tudo em homenagem à estabilização e segurança das relações jurídicas, cercadas de muitos cuidados e garantias, quando entram em jogo o patrimônio e a liberdade dos cidadãos, caso típico das exações tributárias” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem** (...). Op. cit., p. 292).

antes da sua publicação. E, ao Poder Judiciário, cabe – como determinação da regra da irretroatividade – retirar do sistema eventual lei que tenha posto em seu antecedente normativo um fato relacionado ao passado e, da mesma forma, anular eventual auto de infração que tenha aplicado a lei nova a fatos passados. Sob esse prisma, é certo que os três Poderes submetem-se à regra da irretroatividade.

Mas, e quando o Poder Judiciário resolve alterar o sentido dado a determinadas proposições normativas, alterando, conseqüentemente, o resultado interpretativo que refletia determinada norma jurídica? Como dito, o Poder Judiciário tem o papel de coibir os atos do Poder Legislativo e os atos do Poder Executivo que tenham sido editados em desconformidade com a regra da irretroatividade. Mas, e em relação aos seus próprios atos? Ou melhor, em relação ao seu próprio dever de garantir a segurança jurídica do ordenamento, detém o Poder a capacidade de dar a última palavra em relação ao sentido que deve ser conferido às proposições normativas, já que é quem define qual é a norma jurídica?

A Constituição, como dito, só mencionou a *lei* como objeto da irretroatividade. Nada falou sobre as decisões judiciais e, muito menos, sobre a hipótese de alteração de entendimento jurisprudencial firme ou vinculante.

Misabel Derzi entende que essa ausência de referência – *e.g.*, em relação às decisões judiciais como objeto da regra da irretroatividade – em nada restringe a interpretação de que a regra também deve ser aplicada ao Poder Judiciário (e ao Poder Executivo), por decorrência lógica do próprio Estado de Direito. Cita inicialmente, e dá maior ênfase, a referida autora, ao princípio da separação dos poderes. Segundo ela, a ausência de referência em relação à aplicação da irretroatividade ao Poder Judiciário é irrelevante³³⁶.

³³⁶ Todas essas ponderações feitas por Misabel Derzi são de suma importância para entender a amplitude que deve ser atribuída à regra da irretroatividade. Eis as palavras da autora: “*Não conhecemos Constituição que consagre o princípio da irretroatividade em relação aos atos de todos os Poderes: às leis, aos decretos regulamentares e demais atos do Poder Executivo e às modificações de decisões judiciais. Isso tem um sentido que está na raiz do princípio da separação dos Poderes. Para refletirmos sobre a posição dos poderes dentro do sistema jurídico, é necessário partirmos da premissa de que estamos em um Estado de Direito e que, em decorrência, todos os Poderes, por mais criativa que seja a função do legislador, ponto de fusão entre o político e o jurídico, encontram-se sob a regência do Direito e que, a diferenciação da localização de cada um deles – se no centro ou na periferia do sistema – não esconde o fato de que ainda estamos falando de sistema. O tempo das leis, já o dissemos, é diferente do tempo da sentença. O princípio da irretroatividade das leis é considerado “natural”, ínsito, algo que lhes é próprio. Como aprendemos com NIKLAS LUHMANN, em especial na teoria da constituição, como aquisição evolutiva, o legislador trabalha na periferia do sistema, onde está mais perto dos demais sistemas, de modo poroso em relação ao ambiente, no presente, voltado precipuamente para o futuro. Ele pesa, sim, o passado relativamente (a tradição, a moral vigente e os costumes, sobretudo a Constituição que limita o seu domínio), mas as normas, que põe, pesam, especialmente, o futuro porque querem transformar a realidade e, assim, o legislador considera as conseqüências de toda natureza (políticas,*

Explica, ainda, que a referência do legislador constituinte apenas à lei decorreria do fato de que a irretroatividade é ínsita à própria lei. E, considerando que a lei é sempre voltada para o futuro, a regra da irretroatividade, como consta na Constituição Federal – em referência somente à lei – seria algo natural; some-se a isso o fato de que o Poder Judiciário, ao contrário do Legislativo (que olha para o futuro³³⁷), olha para o passado³³⁸, o que explicaria a ausência de referência, no texto da Constituição, à aplicação da irretroatividade ao Poder Judiciário, em relação à hipótese de mudança de entendimento jurisprudencial.

Embora mereça concordância toda a justificativa dada pela referida autora para concluir que a regra da irretroatividade também deve ser aplicada ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário – este último, em relação aos seus próprios atos (*e.g.*, mudança de entendimento jurisprudencial) –, não é possível aceitar o fato de que a ausência de referência expressa no texto constitucional é decorrência lógica do princípio da separação dos poderes, em face de que o Poder Legislativo olha para o futuro, enquanto o Judiciário olha para o passado. Em verdade, se assim se pensar, a própria regra expressa da irretroatividade da *lei* já seria inócua, tendo em vista ser uma decorrência lógica da legalidade e do próprio Estado de Direito.

Em verdade, ainda sobre a intenção do legislador constituinte, nunca se saberá exatamente o que se passou na sua cabeça quando da inserção dessa regra expressa na Constituição Federal; eventualmente, ele pode nem sequer ter pensado nas consequências danosas que a mudança de posicionamento jurisprudência pudesse trazer em face da segurança jurídica. E isso, na verdade, pouco importa para entender que a regra da irretroatividade também deve ser atendida pelo Poder Judiciário, uma vez que revê entendimentos jurisprudenciais já consolidados.

E, assim, o argumento relativo à necessidade de atendimento do princípio da separação, somado a outros tantos (*e.g.*, legalidade, igualdade, liberdade, proteção e

econômicas, éticas e sociais)” (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência** (...) Op. cit., p. 451).

³³⁷ “Do ponto de vista do tempo, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário estão voltados para o passado, para o input do sistema, para o que pôs o legislador, atuando em estrita vinculação à lei, à Constituição, ao Direito. E o futuro? O futuro é olhado, sem dúvida, na forma de passado-futuro, ou seja, dentro daquilo que já filtrou o legislador” (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência** (...) Op. cit., p. 453).

³³⁸ “O legislador está comprometido com o futuro, daí que enuncia, linguisticamente, para ser geral, universal e evolutivo, normas de conduta, como expectativas normativas, valendo-se de conceitos abstratos, mais ou menos determinados, mais ou menos tipificados, e de princípios mais ou menos abertos e cláusulas gerais sempre abertas” (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência** (...) Op. cit., p. 452).

confiança), é o que permite fazer uma releitura daquilo que consta expressamente no texto constitucional. Aliás, há de se lembrar que a norma jurídica não é o texto ou as proposições normativas que dele são extraídas. A norma jurídica está na cabeça do intérprete e, findo todo o processo interpretativo, é de se concluir que a regra da retroatividade não só tem como objeto a *lei*, mas todo e qualquer ato normativo que gere obrigações tributárias novas em razão da verificação de fatos passados, em detrimento do que se achava prescrito no momento da realização desses fatos passados.

As normas jurídicas – aquelas reconhecidas pelo intérprete autêntico – também só devem ser aplicadas aos fatos ocorridos durante a sua vigência. Ou seja, o marco para saber até quando os fatos passados serão regulados pela norma jurídica resultante da interpretação pura é o da mudança de entendimento em relação ao sentido da mesma norma jurídica. Até ali, todos os fatos sob a vigência da norma jurídica anteriormente manifestada devem a ela se subsumir. A nova norma só pode ser aplicada a partir do momento em que essa modificação de entendimento for manifestada. São, pois, as normas jurídicas resultantes da interpretação pura passíveis de serem submetidas à irretroatividade.

Falando sobre a irretroatividade, carregada pelo artigo 5º, XXXVI, da CF, Regina Helena Costa anota que:

[...] a leitura mais adequada do dispositivo é a de que prescreve que os atos estatais não podem tangir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, pois os atos administrativos e as decisões judiciais resultam da aplicação da lei aos casos concretos” e, logo adiante, concluiu: “o pretérito, desse modo, tem que ser resguardado por uma questão de segurança.³³⁹

Não se pode perder de vista que a irretroatividade e a legalidade são regras constitucionais de cuja eficácia dependem os princípios da igualdade, liberdade e da propriedade, os quais devem nortear a interpretação da norma jurídica de forma direcionada ao alcance da segurança jurídica.

Nesse ponto, importante afirmação é feita por Roque Antônio Carrazza, segundo quem:

[...] quando se sustenta que as normas jurídicas devem ser irretroativas, não se está simplesmente a enunciar que as leis não podem retroagir, mas que também atos jurídicos estatais (atos administrativos e decisões judiciais

³³⁹ COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito** (...) Op. cit., p. 28

reiteradas, que formam a jurisprudência) é interdito fazê-lo, sob pena de deixar as pessoas sob o guante da incerteza e da insegurança.³⁴⁰

A multiplicidade de sentidos conferida às proposições normativas pelo Poder Judiciário e a mudança de entendimento pacificado também geram incertezas para a sociedade. Se não forem adotadas algumas medidas, a mudança de posicionamento poderá abalar a previsibilidade e a calculabilidade do ordenamento jurídico. Por isso, Humberto Ávila destaca que:

[...] numerosos deveres são dirigidos ao Poder Judiciário para preservar a segurança jurídica, dentre os quais o dever de fundamentação suficiente e racional das decisões judiciais, a proibição de mudanças jurisprudenciais retroativas que atinjam confianças legítimas, a obrigação de utilização de mecanismos de moderação na alteração dos precedentes – e assim por diante.³⁴¹

3.6.1. Olhar para o passado, mas lembrar de pensar no futuro

Misabel Derzi, ainda pela argumentação sobre os destinatários da regra da irretroatividade, defende a aplicação ao Poder Judiciário e anota que a ausência de referência expressa na Constituição Federal decorreria do direcionamento de tempo atinente às atividades desse Poder. Segundo ela, com o que é preciso concordar em parte, o Poder Judiciário, ao proferir suas decisões, criando normas individuais e concretas e aplicando normas gerais e abstratas, olha para o passado e, por isso, “*o princípio da irretroatividade, a rigor, não lhe diz respeito*”³⁴².

Partindo dessa premissa, pode-se dizer que não se haveria de cogitar a aplicação da irretroatividade aos atos do Poder Judiciário, tendo em vista que suas atividades já se acham voltadas ao passado³⁴³. Dessa premissa extrai-se a conclusão: se o Poder Judiciário olha para

³⁴⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais*. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito ex tunc e as decisões do STJ**. 2ª. Ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 63.

³⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** (...). Op. cit., p. 166.

³⁴² DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência** (...) Op. cit., p. 453.

³⁴³ Embora não negue que as decisões judiciais se voltam para fatos passados, Roque Antônio Carrazza explica que há situações que exigem, em homenagem à irretroatividade, que os efeitos das alterações jurisprudenciais só se façam sentir no futuro. Segundo esse autor, “*tal situação se dá quando a mutação jurisprudencial acaba, na prática, por alterar radicalmente preceitos legais ou, até, constitucionais, pegando de surpresa um grande universo de pessoas. Permitir que, neste caso, elas venham prejudicadas, por condutas que adotaram antes da modificação do entendimento dos Tribunais, é o mesmo que aceitar – inconstitucionalmente, é claro – que uma lei possa retroagir. Assim, quando uma linha jurisprudencial nova reverte por completo as expectativas dos*

o passado, ao tomar suas decisões e aplicar a norma jurídica manifestada como resultado da sua interpretação, ele deverá enxergar não só os fatos (passados), mas a *lei* vigente nesse mesmo passado, e não eventualmente a nova *lei*.

Ora, por esse argumento a *lei* do tempo da decisão jamais poderia alcançar os fatos apreciados pela decisão, pois é sempre pressuposto que esses fatos se referem a acontecimentos anteriores a qualquer *lei* que tenha iniciado vigência no momento da decisão. Assim, retornando à afirmação de que *o princípio da irretroatividade não diz respeito ao Poder Judiciário* (da autora Misabel Derzi, acima mencionada), tem-se a dizer: sob esses aspectos e considerando a estabilidade do ordenamento (em contraposição à mudança, pelo menos naquele momento, de entendimento jurisprudencial), é claro que o princípio da irretroatividade não diz respeito ao Poder Judiciário. Nessas circunstâncias, o Poder Judiciário sempre fará a aplicação da norma jurídica vigente ao *tempo no fato*. Não haveria, pois, motivo para retroagir.

Entretanto, o mesmo não se pode afirmar nas circunstâncias em que a norma jurídica (e não a lei) é alterada no momento da decisão dada pelo Poder Judiciário. Substituindo a palavra *lei* por *norma jurídica* e sendo fiel às premissas deste trabalho, é necessário dizer que a regra da irretroatividade deve ser aplicada para vedar que qualquer ato, seja ele legislativo, executivo ou judiciário, estrito e lato senso, crie ou incremente tributação de contribuinte, cuja conduta posta na hipótese de incidência haja ocorrido em espaço de tempo anterior a esse novo ato. Em relação à aplicação da irretroatividade ao Poder Judiciário, considerando que o termo *lei* aqui, e como está expresso na Constituição Federal, deve ser lido como *norma jurídica*, é de se concluir que *a norma jurídica do tempo da decisão jamais poderá alcançar os fatos apreciados pela decisão, pois é sempre pressuposto que esses fatos se referem a acontecimentos anteriores a qualquer norma jurídica com vigência iniciada, por exemplo, no momento da decisão* (ou em qualquer momento posterior ao *tempo no fato*).

O tempo da decisão **sempre** será posterior ao tempo no fato – aquele posto para apreciação do Poder Judiciário. Isso implica o reconhecimento de que a norma jurídica a ser

jurisdicionados, construídas com apoio em reiteradas e firmes decisões anteriores do mesmo Tribunal, haverão de ser aplicados os ditames do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, para que não reste sacrificado o princípio da segurança jurídica e, com ele a boa-fé das pessoas, que praticaram atos, certas de que procediam sob o amparo do direito objetivo. Com efeito, não vislumbramos diferenças de tomo entre os resultados advindos de uma mudança legislativa e da alteração de uma linha jurisprudencial consolidada. Em ambos os casos, a irretroatividade é de rigor” (CARRAZZA, Roque Antônio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais*. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito ex tunc e as decisões do STJ**. 2ª. Ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 57)

aplicada ao fato deve ser sempre aquela vigente ao tempo do fato. Por isso, concorda-se com a afirmação de que o Poder Judiciário olha para o passado, mas, em complemento, ressalta-se que *olha para o fato (passado) e para o ordenamento também vigente nesse mesmo passado*.

Pensar diferente, admitir a retroatividade nesses casos, é reconhecer que tudo que até aqui foi dito sobre confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade terá sido em vão. Limongi França, rechaçando qualquer tese sobre a retroatividade das normas jurídicas (menciona *lei*), anota três justificativas para reforçar a necessidade de aplicação da regra da irretroatividade:

(i) [...] embora seja de se supor que a lei nova é melhor que a lei velha, isto se pode admitir em relação aos fatos do tempo da lei nova e não da lei velha. O mesmo cuidado que pôs o legislador em atender aos novos fatos, ao elaborar o novo estatuto, foi exercitado igualmente, ante os fatos passados, quando da confecção do diploma antigo.³⁴⁴

(ii) [...] uma lei está em vigor até que outra a modifique ou revogue. Sendo virtude da lei submeter os fatos e atos que incidam sob sua vigência, pensar o contrário nos levaria ao absurdo jurídico de conceber que algo é sempre legal ou ilegal, sob a condição de no futuro nenhuma lei modificar o estatuto que o rege.³⁴⁵ e

(iii) [...] a constante interferência das leis novas nas relações entabuladas no regime da lei antiga geraria a mais abstrusa instabilidade jurídica, incompatível com a segurança que, ao contrário, o Direito deve propiciar aos cidadãos.³⁴⁶

De outro lado, sobre esse *tempo do olhar*, é preciso reconhecer que, embora o Poder Judiciário, no exercício da sua principal função, tenha necessariamente de olhar para o passado, é certo que seus atos têm, também necessariamente, efeitos para o presente e para o futuro. Escreve Humberto Ávila:

A atividade do Poder Judiciário é orientada, primordialmente, para o passado, porque as decisões vertem sobre fatos narrados pelas partes ocorridos antes da prolação da decisão que culmina a prestação jurisdicional. O julgador, por consequência, ocupa-se do passado, orientando-se pelas normas vigentes e pelos fatos ocorridos antes do seu pronunciamento. Isso não quer dizer – como esclarece Machado Derzi – que as manifestações do Poder Judiciário, embora com eficácia centrada no passado, não tenham efeitos com relação ao presente e ao futuro: dependendo da eficácia que se almeja (declaratória, constitutiva, condenatória), repercutem também sobre o presente e sobre o futuro, sendo inerente a toda decisão uma eficácia

³⁴⁴ FRANÇA, Limongi R. A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1982. p. 189.

³⁴⁵ Op. cit., p. 189.

³⁴⁶ Op. cit., p. 189.

pluridimensional, pela mescla que produz relativamente ao passado e ao futuro.³⁴⁷

Essa mencionada *eficácia pluridimensional* é coerente com tudo o que foi dito sobre segurança jurídica, notadamente sobre os ideais de previsibilidade e calculabilidade. Note-se, ao decidir – e aqui se consideram as decisões reiteradas e/ou as decisões absoluta ou relativamente vinculantes –, o Poder Judiciário não só resolve o caso concreto aplicando a norma jurídica. Essa norma jurídica – o sentido dado às proposições normativas do ordenamento positivado – é o resultado da sua interpretação; uma interpretação que é *pura*, autêntica e deve ser tomada pelos demais partícipes da sociedade como a que “vale” – aquela que se entende deva ser seguida, gostando ou não. Nesse quesito, concorda-se com Misabel Derzi, quando afirma que as decisões judiciais, embora se voltem para o atendimento ao passado,

[...] trabalham – por meio das leis, dos precedentes e da Dogmática – as informações seletivamente, através de conceitos universalísticos e de tipos (quer sejam conceitos cerrados ou tipos propriamente ditos), técnica a partir da qual elas envolvem o futuro, possibilitando a extensão das decisões a partes desconhecidas, em casos ainda não ocorridos. As decisões, sobretudo, permitirão prever as decisões futuras, internas ao sistema, formando-se expectativas normativas, o que significará mais segurança e mais confiança em um sistema próprio das sociedades de alto risco.³⁴⁸

Nesse ponto, o Poder Judiciário não só tem a missão de olhar o passado para aplicar a norma jurídica daquele mesmo passado, como deve se preocupar com os efeitos futuros de sua decisão, a qual tem, como dito anteriormente, a capacidade para inserir, com a prerrogativa de sobreposição, normas jurídicas no núcleo estável de normas jurídicas.

3.6.2. Dever de garantir a segurança jurídica

O percurso garantidor da segurança jurídica deve ser percorrido por qualquer intérprete que pretenda alcançar o sentido da norma jurídica, de modo a garantir a preservação da confiança, certeza, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento, enfim, a segurança jurídica. O Poder Judiciário, enquanto intérprete autêntico, não está isento disso. Muito pelo contrário. Considerado que os resultados interpretativos do Poder Judiciário se sobrepõem aos demais resultados – dos intérpretes social e científico –, não há como conceber qualquer

³⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** (...). Op. cit., p. 166.

³⁴⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência** (...) Op. cit., p. 219.

manifestação vinculante ou reiterada dos tribunais que não tenha sido alcançada de acordo com os ideais propostos no percurso garantidor da segurança jurídica.

Se o Direito tem como fim o alcance da *paz*, são os tribunais os órgãos do Estado que detêm a competência para garantir que isso aconteça. E isso só é possível se for dado efetividade às regras e aos princípios constitucionais que compõem os direitos fundamentais dos indivíduos, especificamente aqueles que asseguram o alcance da segurança jurídica.

A efetividade desse conjunto de regras e princípios depende da aplicação uniforme e impessoal, o que significa garantir equivalente tratamento jurídico às situações semelhantes, especial e notadamente aquelas ocorridas em um mesmo tempo. Essa aplicação uniforme das normas jurídicas deve ser *perene* e *estável*. Isso é essencial para que os indivíduos tenham certeza e previsibilidade, e estejam seguros de que não haverá alterações significativas em relação ao resultado interpretativo manifestado pelo Poder Judiciário.

Embora seja sabido que a estabilidade *imutável* também roga contra a segurança jurídica, na medida em que o Direito precisa evoluir de acordo com a evolução da sociedade, é preciso ressaltar que em relação às eventuais mudanças nos resultados interpretativos autênticos: (i) deve haver um fundamento forte, uma real mudança das relações sociais e um grande esforço argumentativo para justificar tal mudança³⁴⁹; e (ii) deve ser respeitada a irretroatividade em relação ao caso analisado, de modo que o novo posicionamento só tenha validade para os fatos (*e.g.*, da hipótese de incidência tributária) futuros e não para aqueles fatos (passados) que estão sendo analisados³⁵⁰.

Por isso, J. J. Gomes Canotilho escreve que a segurança jurídica se desenvolve pela *estabilidade*, pois as decisões do Poder Judiciário não devem ser arbitrariamente modificadas, admitidas apenas alterações quando ocorrerem pressupostos materiais relevantes e em razão da *previsibilidade*. E, ainda, em relação à aplicabilidade da segurança jurídica pelo Poder

³⁴⁹ Sobre esse ônus argumentativo decorrente de uma *interpretação evolutiva* – consistente na atribuição de novos conteúdos aos enunciados prescritivos, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais –, Luís Roberto Barroso, preocupando em encontrar certos limites, anota que “*naturalmente, a interpretação evolutiva, sem reforma da Constituição, há de encontrar limites. O primeiro deles é representado pelo próprio texto, pois a abertura da linguagem constitucional e a polissemia de seus termos não são absolutas, devendo estancar diante de significados mínimos. Além disso, também os princípios fundamentais do sistema são intangíveis, assim como as alterações informais introduzidas pela interpretação não poderão contrariar os programas constitucionais*”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Op. cit., p. 154.)

³⁵⁰ Por isso, Regina Helena Costa leciona que a “*estabilidade, por sua vez, predica que os órgãos jurisdicionais devem ter cautela para evitar oscilação quanto à orientação adotada*”. (COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito** (...) Op. cit., p. 28)

Judiciário, o referido autor afirma que não se limita ao respeito à coisa julgada. Mais do que isso, reconduz as exigências de uniformidade e estabilidade na jurisprudência, *garantindo a aplicação da lei em casos semelhantes, de forma continuada e sistêmica*³⁵¹. A atividade do intérprete autêntico não escapa, portanto, à previsibilidade e à calculabilidade.

A ausência de determinação da norma jurídica que deve ser aplicada aos olhos do Poder Judiciário, por exemplo, quando existe uma variedade de decisões conflitantes e/ou quando há modificações em entendimento já solidificado ou que haviam sido manifestados com caráter vinculante, gera abalo quanto à confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento. Os indivíduos ficam impedidos de prever as consequências jurídicas das suas condutas e, desse modo, não conseguirão se planejar para adotar esta ou aquela conduta.

Tais situações, que só contribuem para o aumento da insegurança e da intranquilidade dos indivíduos, devem ser evitadas. É o Poder Judiciário quem detém esse dever. Lourival Vilanova anota: *“para a vida social é urgente e indispensável que se declare o direito a realizar. O princípio da segurança jurídica e da ordem nas relações recíprocas dos indivíduos chega a ser mais importante que a determinação do direito justo”*³⁵².

Diante de tudo o que foi dito, é claro que não há nada mais nocivo para o direito do que as incertezas em relação ao próprio direito – independentemente de ele ser considerado justo ou injusto pelos indivíduos. A certeza sobre a conduta correta – “correta” aos olhos do intérprete autêntico – é o que dá ao indivíduo a tranquilidade para tomar suas decisões, sabendo, de antemão, o que delas decorrerá como consequências jurídicas. É por isso que o Poder Judiciário deve dar efetividade aos instrumentos conformadores da segurança jurídica; na base, o mais importante deles é a irretroatividade das normas jurídicas.

Como anotado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, ao lume de princípios jurídicos fundamentais seriam teratológicas, em tais casos, situações constituídas à sombra de entendimento firmado do STF e logicamente confirmadas por numerosas decisões dos tribunais em geral pudessem ser, ao depois, afetadas pelo fato de este, ano mais tarde, sem a ocorrência de fato novo, vira a modificar a sua inteligência sobre a tese jurídica que dantes merecera seu agasalho. Não apenas o princípio da segurança jurídica, mas também os princípios da lealdade e da boa-fé e da confiança legítima se oporiam, e do modo mais cabal possível, a que uma

³⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 200. p. 264.

³⁵² VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947. p. 77.

mudança de orientação do Poder Judiciário na matéria viesse a ter tão gravosos efeitos.³⁵³

O Poder Judiciário, pois, deve uniformizar sua jurisprudência e, em casos de forçosas modificações de orientações judiciais, em situações peculiares e concretas, deve zelar pelas situações passadas, garantindo a aplicação das normas jurídicas vigentes à época dos fatos levados à apreciação do intérprete autêntico – e, a atribuição de efeitos prospectivos às decisões é meio para alcançar essa finalidade e manter a estabilidade do ordenamento³⁵⁴.

³⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. A Estabilidade dos Atos Administrativos e a Segurança Jurídica, a Boa-Fé e a Confiança Legítima ante os Atos Estatais. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 177.

³⁵⁴ Anota Thomas E. Fairchild que “*nós empregamos a técnica da revogação prospectiva como um expediente excepcional quando a retroatividade tradicional causar mais estragos à sociedade do que os interesses da sociedade na estabilidade irá tolerar*” (do original em inglês: “*we employ the technique of prospective overruling as an exceptional expedient when the traditional retroactivity would wreak more havoc in society than society's interest in stability will tolerate*”, in FAIRCHILD, Thomas E. *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: “Prospective Overruling” or ‘Sunbursting’*. In: *Marquette Law Review*. Vol. 51, p. 254, disponível em <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol51/iss3/3net>).

CAPÍTULO 4 – EFEITO PROSPECTIVO DAS DECISÕES QUE ALTERAM O SENTIDO DAS NORMAS JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS, UM INSTRUMENTO GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA

4.1. Efeito prospectivo, uma medida para a manutenção da estabilidade do ordenamento: garantia da segurança jurídica

A alteração de sentido das normas jurídicas propiciada pelas decisões judiciais ou, em outras palavras, a mudança do entendimento³⁵⁵ do intérprete autêntico em relação a determinado texto normativo não pode, por si só, ser entendida, conforme já dito, como uma relativização da segurança jurídica. Ao contrário, essa mudança de entendimento, quando baseada na evolução da sociedade, assegura a estabilidade do próprio ordenamento, porquanto evita o seu engessamento.

Por isso, Victor Nunes Leal, ao tratar sobre a evolução da jurisprudência, diz ser esta mais de uma necessidade social do que propriamente jurídica. Afirma que *“se a sociedade é dinâmica, seu direito não pode deixar de ser também dinâmico, mas nem sempre o legislador atua sincronicamente com as necessidades sociais. Por isso – ou principalmente por isso – é a jurisprudência que, com frequência, tem de responder a essas necessidades”*³⁵⁶.

Essa mudança de entendimento traz para os indivíduos uma nova diretriz e novas expectativas que passarão a orientar suas condutas futuras – as suas condutas futuras: eles passarão a agir segundo o novo entendimento – segundo a norma jurídica que, a partir de agora, é tida como tal pelo intérprete autêntico, ainda que dele discordem.

³⁵⁵ Misabel Derzi, estudando a doutrina de Heiki Pohl – que afirma caracterizar “nova jurisprudência” a mudança da resposta geral a uma pergunta jurídica geral, que também era base para a jurisprudência antiga – elucida que haverá jurisprudência nova ou mudança de entendimento *“se para uma pergunta geral (que se estende a vários conflitos individuais) é encontrada uma nova resposta, diferente daquela dada na jurisprudência anterior”*, não sendo necessário *“que a ‘revogação’ do entendimento anterior seja expressa, pode ser implícita”*. E conclui: *“se toda jurisprudência é firmada em torno da mesma questão ou problema, fixando uma norma judicial, uma ‘diretriz’, uma ‘ratio decidendi’, para a solução de uma série de casos similares, estaremos em face de uma nova jurisprudência se aquela ‘diretriz’ ou ‘ratio decidendi’ (isto é, se aquela norma judicial concreta) da jurisprudência velha, anterior, for alterada”* (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência** (...) Op. cit., p. 460).

³⁵⁶ LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e Outros Problemas**. Ministério da Justiça: Brasília, 1997. p. 58

É preciso entender que essa nova norma jurídica – originada do novo sentido dado aos textos legais – não deve ser aplicada para atribuir novo tratamento às condutas passadas, condutas estas que foram planejadas e executadas segundo a norma jurídica que era assim reconhecida pelo intérprete autêntico no momento desse planejamento e execução.

Aqui, vale fazer um comentário: quando se fala em estabilidade, a primeira ideia que se pode ter é aquela vinculada à linearidade, à não mudança, à manutenção de um estado de coisas. É possível, entretanto, falar em estabilidade do ordenamento jurídico na mudança de entendimento do intérprete autêntico – não uma estabilidade diretamente relacionada àquela alteração sobre determinado resultado interpretativo; mas uma estabilidade relacionada à ideia de que se houver mudança, preservadas serão as consequências jurídicas dos acontecimentos ocorridos enquanto prevaleceu o resultado interpretativo anterior. É, assim, estabilidade no sentido de certeza, mesmo em face da mudança de entendimento, de que o passado será preservado.

Nesse sentido, para que a mudança do entendimento do intérprete autêntico em relação ao sentido de determinada norma jurídica seja salutar e, ao invés de materializar uma evolução segura do ordenamento, crie frustração, instabilidade, desconfiança e prejuízos aos indivíduos, é preciso que o próprio intérprete autêntico, ao promover a referida mudança de entendimento, ajuste e module os efeitos daquele seu pronunciamento para que, no maior grau possível, haja a preservação da segurança jurídica. É fundamental que exista e seja executada uma *“espécie de amortecedor de efeitos e impactos que a mutação jurisprudencial pode causar na vida das pessoas e das instituições”*³⁵⁷.

Para que os indivíduos não sejam prejudicados pelo novo resultado interpretativo criador de nova norma jurídica, *“há toda conveniência em que os processos iniciados numa mesma época sejam julgados, afinal, pelos mesmos critérios. A igualdade perante a Justiça o impõe, e a presteza dos julgamentos (...) contribui para esse benefício”*³⁵⁸.

A aplicação dos efeitos prospectivos (*ex nunc*) a essas decisões é mecanismo que pode garantir a segurança jurídica, notadamente quando a mudança de entendimento representar uma oneração tributária maior do que aquela esperada segundo a norma jurídica que, até então, era adotada pelo intérprete autêntico. O mais adequado, nas palavras de Roque

³⁵⁷ MELO, Gustavo de Medeiros. “Limites à Retroatividade do Precedente Uniformizador de Jurisprudência”. *Revista Forense*, n.º 407, Rio de Janeiro: Forense, jan./fev., 2010. p. 139

³⁵⁸ LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público (...)*. Op. cit., p. 58.

Antônio Carrazza, é que “*sejam dados efeitos prospectivos à alteração jurisprudencial, de modo a preservar a segurança jurídica, com seu corolário de proteção à boa-fé e à confiança das pessoas*”³⁵⁹. É isso que se espera dos tribunais superiores, sobretudo se for levado em conta o dever de zelar pela manutenção da segurança jurídica. Vale dizer, “*incumbe ao Estado (isso inclui o Poder Judiciário) zelar para que todos tenham não só uma proteção eficaz dos seus direitos, como possam prever, em alto grau, as consequências jurídicas dos comportamentos que adotaram*”³⁶⁰.

Falando como a atribuição de efeitos prospectivos se tornou um importante meio para evitar a quebra das expectativas legítimas dos indivíduos nos Estados Unidos da América, Thomas da Rosa Bustamante escreveu que:

A manipulação dos efeitos dos precedentes ab-rogatórios constituiu em diferentes episódios da história dos Estados Unidos uma importante ferramenta para permitir a evolução do Direito sem pagar o preço de causar modificações traumáticas no ordenamento jurídico e frustrar, de forma iníqua, expectativas legítimas geradas pela conduta da Suprema Corte no passado.³⁶¹

No mesmo sentido, demonstra esse autor que a prática judicial no direito comunitário europeu também tem demonstrado – desde 1976 – a preocupação com a situações do passado. Afirmando que a jurisprudência comunitária é expressamente encarada como fonte, Thomas da Rosa Bustamante escreve que:

Embora o princípio da retroatividade da jurisprudência seja considerado uma característica geral do sistema jurídico comunitário – em especial porque a Corte Europeia de Justiça tem uma estrutura semelhante à encontrada no sistema francês de cassação –, a jurisprudência tem admitido, desde o ano de 1976, com o julgamento do caso ‘Defrenne contre Société Anonyme Beige de Navigation Aérienne Sabena’, a limitação dos efeitos do princípio da retroatividade do case law quando imperativos de segurança jurídica justificarem a modulação dos efeitos do revirement de jurisprudence no caso concreto.³⁶²

A alteração do resultado interpretativo autêntico que resulte a expropriação do patrimônio do contribuinte em valor maior do que aquele que era esperado com base no entendimento superado deve ter sua eficácia congelada em relação aos fatos passados,

³⁵⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais”. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito ex tunc e as decisões do STJ**. 2ª ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 70.

³⁶⁰ CARRAZZA, Roque Antônio. Op. cit., p. 44.

³⁶¹ BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial** (...) Op. cit., p. 421.

³⁶² BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial** (...) Op. cit., p. 438.

podendo ser aplicada somente a partir daquele momento. Este é o efeito que a doutrina chama de “*eficácia prospectiva pura*”³⁶³.

O julgador, assumindo a qualidade de intérprete autêntico, não pode preocupar-se somente com o caso concreto que está em análise. É preciso entender que suas decisões geram expectativas e passam a orientar condutas, com menor ou maior grau de certeza, a depender do grau de vinculação do precedente. Por isso, Nelson Nery Jr. afirma que “*as decisões tomadas pelas cortes superiores em casos individuais projetam entendimento no tribunal, atuando como paradigma para casos idênticos futuros*”³⁶⁴. Tanto é assim, lembra o citado autor, que os tribunais superiores têm admitido os pedidos de terceiros para intervenção nos processos que estão na fase de julgamento do Recurso Especial e Extraordinário. E conclui:

[...] tendo em conta a inevitável formação do paradigma jurisprudencial, de verdadeiras decisões-quadro dos tribunais superiores nas matérias de suas competências naqueles recursos entre terceiros, é plenamente possível e justificável o receio dos terceiros e seu consequente requerimento para intervir em processos a eles estranhos.³⁶⁵

Desse modo, há uma espécie de efeito generalizante das decisões dos tribunais superiores, ainda que digam respeito, tais decisões, a casos individuais. Esse efeito generalizante gera expectativas e dá a segurança que os indivíduos precisam para planejar suas condutas segundo as normas que o intérprete autêntico entende ser as que devem ser seguidas. Victoria Sesma chama isso de *confianza justificada* (no original, em espanhol, “*confianza justificada*”). Segundo essa autora:

[...] tanto las decisiones judiciales como la literatura jurídica ponen énfasis en que la aplicación de la derogación prospectiva sólo está justificada si tiene que ser protegida una parte que actuó en base a una confianza justificada en el derecho anterior al cambio del precedente.³⁶⁶

³⁶³ “*El tribunal puede aplicar la decisión prospectivamente de forma que regule sólo las conductas que han tenido lugar después de la decisión derogatoria*” (SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente en el Common Law**. Madrid: Civitas, 1995, p. 170). No mesmo sentido, Cf. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 162.

³⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. “Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior”. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex tunc* e as decisões do STJ**. 2ª ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 79.

³⁶⁵ “Cf., NERY JUNIOR, Nelson. **Boa-fé objetiva e segurança jurídica** (...). Op. cit., p. 79-80.

³⁶⁶ Numa tradução livre: “*tanto a doutrina quanto a jurisprudência enfatizam que a aplicação da derrogação prospectiva só se justifica se for necessário proteger uma parte que agiu com base em confiança justificada no direito anterior à mudança do precedente*” (SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente** (...). Op. cit., p. 175).

4.2. Efeito generalizante das decisões dos tribunais superiores

As decisões proferidas pelas mais altas cortes, inclusive em relação às questões lançadas em controle difuso, estão longe de gerar somente efeitos pontuais para as partes envolvidas na discussão judicial. Ao tomar a decisão sobre a aplicação de determinadas normas jurídicas às situações fáticas analisadas³⁶⁷, os tribunais superiores – o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal –, enquanto intérpretes autênticos, acabam por dizer à coletividade qual norma jurídica deve ser aplicada a toda situação fática semelhante àquela analisada. A essas cortes é atribuída a prerrogativa de proferir a última e hierarquicamente superior fala em determinadas matérias – questões constitucionais ao Supremo Tribunal Federal e questões infraconstitucionais ao Superior Tribunal de Justiça. Isso tem extrema relevância, mormente por influenciar e direcionar a tomada de decisões dos tribunais de inferior hierarquia e, mais do que isso, por transmitir aos indivíduos a certeza quanto às consequências jurídicas que decorrerão das condutas adotadas.

Gustavo de Medeiros Melo explica que a Constituição Federal

[...] confiou aos tribunais superiores uma missão proeminente na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico para todo o território nacional, dos quais se esperam as decisões de maior relevância para os destinos do país, exercendo uma função paradigmática e eminentemente exemplar no sistema.³⁶⁸

A evolução das regras processuais só confirma a missão de *interpretação e aplicação para todo o território nacional* dos tribunais superiores, e essa função *paradigmática e exemplar* das suas respectivas decisões³⁶⁹. Basta dizer que o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, só é chamado a se manifestar sobre questões que representam *repercussão geral*. Aliás, a demonstração de que a matéria levada à apreciação da Corte Constitucional oferece repercussão geral é pressuposto para admissão do Recurso Extraordinário. Prescreve o artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil que deve ser

³⁶⁷ A referência feita à análise das situações fáticas justifica-se em razão de que a aplicação de qualquer norma jurídica pressupõe a ocorrência de fatos descritos em seu antecedente. A referência, pois, não significa uma revalorização dos fatos pelos Tribunais superiores, mas a tomada dos fatos reconhecidos na instância inferior como elemento apto a sofrer a subsunção da norma jurídica.

³⁶⁸ MELO, Gustavo de Medeiros. **Limites à Retroatividade do Precedente** (...). Op. cit., p. 136.

³⁶⁹ “As decisões dos Tribunais Superiores desempenham papel de extrema relevância, mesmo se proferidas em casos concretos, cujas decisões sejam desprovidas de eficácia erga omnes. Desde que sejam reiteradas em determinado sentido, significam indubitavelmente orientação para os demais Tribunais, exercendo papel verdadeiramente paradigmático” (WANBIER, Teresa Arruda Alvin. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004. p. 447).

reconhecida como de repercussão geral questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que *ultrapassem os interesses subjetivos da causa*.

Ao reconhecer que a Suprema Corte só se manifestará sobre matérias que ultrapassam os interesses da própria causa, a legislação processual, em sua evolução, deixa clara e evidente a ideia sobre os reflexos que as decisões da Suprema Corte têm sobre a comunidade jurídica e os indivíduos da sociedade.

Outros dois exemplos devem ser destacados. Dizem respeito à inadmissibilidade ou à negativa de seguimento de recurso de apelação que pretenda reformar decisão que esteja condizente com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores. O primeiro está na inclusão do § 1º do artigo 518 do Código de Processo Civil. Tal dispositivo estabelece que o recurso de apelação não será recebido *quando a sentença estiver em conformidade com súmula dos tribunais superiores*³⁷⁰. O segundo exemplo, de semelhante enunciado, está no artigo 557 do mesmo diploma legal. Tal dispositivo estabelece que o relator negará seguimento a recurso *em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*³⁷¹. No primeiro caso, a norma é dirigida ao juízo de primeira instância, quando da avaliação da admissibilidade do recurso de apelação; o segundo, em relação à negativa de seguimento, pelo relator, quando o recurso de apelação já está no tribunal de segunda instância.

Novamente, é possível perceber que o regramento processual destaca a necessidade de observação da norma jurídica produzida pelo intérprete autêntico. Isso reforça o argumento de que o resultado do processo interpretativo autêntico gera certeza sobre as consequências jurídicas que advirão, quando da verificação de determinadas situações fáticas realizadas pelos indivíduos da sociedade.

A resolução de um caso concreto pelo intérprete autêntico, mediante a interpretação sobre as proposições prescritivas, mais do que criar uma norma jurídica concreta que estabelece uma relação jurídica entre as partes, faz ecoar a certeza sobre a norma jurídica que deve ser aplicada sobre todas as situações fáticas semelhantes.

³⁷⁰ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006).

³⁷¹ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Eros Grau aduz que “*partindo do texto normativo, no quadro da realidade contemporânea à interpretação, alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso*”³⁷². E, nesse contexto, deixa clara a sua impressão de que, ao resolverem um caso concreto – aqui, sobre o processo de interpretação autêntica –, ou seja, ao aplicarem a norma jurídica a determinado caso concreto (“norma de decisão”), os tribunais acabam por extrair do texto legal interpretado a norma jurídica correspondente. É dizer: a aplicação do direito (criação de norma concreta) implica, acima de tudo, a extração de uma norma jurídica abstrata a partir da interpretação dos textos normativos.

Mais do que a individualidade e a concretude, reflexas à aplicação da norma jurídica abstrata identificada, o intérprete autêntico assume o papel de frisar, dentre as alternativas possíveis de interpretação das proposições normativas, qual deve ser levada em conta pela sociedade. Ao fazer isso, o intérprete autêntico passa a orientar o comportamento dos indivíduos, os quais tomarão decisões de acordo com a norma jurídica que foi reconhecida pelos tribunais superiores, ainda que tal decisão seja pelo descumprimento – entretanto, consciente – daquela norma.

O trabalho do intérprete autêntico, muito além de criar normas jurídicas concretas para solução de litígios, reside na construção da norma jurídica – aquela aplicada para solução do litígio – como resultado do processo interpretativo dos textos normativos. Sob essa concepção, Misabel Derzi anota que esse processo interpretativo autêntico, “especialmente em relação às decisões tomadas pelos tribunais superiores – aquelas que podem ser chamadas de precedentes absolutamente obrigatórios, relativamente obrigatórios ou persuasivos – gera *expectativas normativas de conduta para terceiros que não são parte no processo*”³⁷³.

Relacionando as decisões proferidas pelas Cortes superiores ao conceito de direito vigente – isso tem razão de ser, considerando que a vigência é um atributo da norma jurídica e a norma jurídica é o juízo hipotético-condicional, formalizado como $H \rightarrow C$, resultante da interpretação dos textos normativos –, Karl Larenz observa:

Como, no entanto, existe uma grande possibilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham a sua jurisprudência, os consultores jurídicos

³⁷² GRAU, EROS ROBERTO. **Por Que Tenho Medo (...)**. Op. cit., p. 33.

³⁷³ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 273

das partes litigantes, das empresas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, são considerados, decorrido algum tempo, ‘Direito vigente’. Assim se forma em crescente medida como complemento e desenvolvimento do Direito estatuído, um ‘Direito judicial’.³⁷⁴

Sobre a criação de expectativas na sociedade e na transmissão de confiança e segurança, Gustavo de Medeiros Melo escreve que:

[...] o precedente das Cortes Superiores constitui o Direito vigente no país. É norma jurídica que prescreve padrões de comportamento, cria expectativas, produz confiança e influencia todos os setores da vida social, inclusive na condução dos negócios e da economia.³⁷⁵

Fala-se em “direito vigente” não só em relação aos precedentes ditos “*de vinculação obrigatória*”, mas também em relação àqueles que tenham “*vinculação relativa*” e àqueles ditos *persuasivos*, especialmente em relação a esses últimos, quando são precedentes proferidos pelos tribunais superiores. Como já dito ao longo deste trabalho e anotado por Tércio Sampaio Ferraz Jr., “*é inegável que exista uma grande probabilidade, no plano dos fatos, de que os tribunais inferiores sigam os precedentes do Tribunal Superior e que o próprio Tribunal Superior se atenha à sua nova jurisprudência*”³⁷⁶.

A consequência, diante de tudo o que está sendo exposto neste trabalho, está no fato de que os resultados interpretativos alcançados pelo intérprete autêntico devem ser considerados como representação do “direito vigente” em uma determinada sociedade. O ser “direito vigente” não significa o engessamento do intérprete autêntico para aplicar, sempre, a norma tal como interpretada nos precedentes. Como também já foi dito, a evolução da sociedade e, conseqüentemente, do direito enquanto objeto cultural, sempre levará, cedo ou tarde, à mudança de entendimento sobre determinada norma jurídica³⁷⁷ – o que pode, inclusive, mas não necessariamente, ser influenciado por alterações nos textos legais.

³⁷⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. [trad. João Batista Machado]. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 611/612.

³⁷⁵ MELO, Gustavo de Medeiros. “Limites à Retroatividade do Precedente Uniformizador de Jurisprudência”. **Revista Forense**, n.º 407, Rio de Janeiro: Forense, jan./fev., 2010. p. 128

³⁷⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Irretroatividade e Jurisprudência Judicial*. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex tunc* e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008. P. 13.

³⁷⁷ “*Não é um precedente que ‘vincula’, mas apenas a norma nele corretamente interpretada ou concretizada. Porém, todo juiz que haja de julgar de novo a mesma questão pode e deve, em princípio, decidir independentemente, segundo a sua convicção formada em consciência, se a interpretação expressa no precedente, a concretização da norma ou o desenvolvimento judicial do Direito são acertados e estão fundados no Direito vigente*” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito** (...). Op. cit., p. 612).

O ser “direito vigente”, aqui, decorre da definição, com maior grau de certeza e confiabilidade, das consequências jurídicas que advirão a partir de algumas condutas humanas, quando praticadas no mesmo lapso temporal em que o resultado interpretativo autêntico se mantiver inalterado; consequências, essas, legitimadas pela interpretação promovida pelos tribunais superiores, mediante precedentes de vinculação absoluta ou relativa e precedentes persuasivos. Nesse sentido, Karl Larenz conclui: “*os precedentes e o ‘direito judicial’ deles procedentes podem, por isso, se os tribunais os seguem e o tráfego jurídico se orienta por eles, conseguir a mesma vigência fáctica ou efetividade que uma lei*”³⁷⁸.

Nesse ponto, os precedentes – o texto normativo pelo qual o precedente é manifestado – assim como o próprio texto de lei passam a servir de matéria-prima para as interpretações subseqüentes. Entendendo como *fonte do direito* tudo aquilo em que se possa basear a interpretação jurídica para o alcance da norma jurídica, Renato Lopes Becho coloca a jurisprudência, ao lado das leis e da própria doutrina, como fonte do direito, pois deve ser levada em consideração sempre que houver interpretação para a construção de norma jurídica³⁷⁹⁻³⁸⁰. Karl Larenz registra importante explicação, relativamente à qualificação do “direito judicial” (os precedentes) como fonte; segundo ele, “*qualificá-los (os precedentes) como ‘fontes do Direito’ depende daquilo que por tal se entenda. Se se qualificam como fontes do Direito todos aqueles factores que cooperam na criação e no desenvolvimento*

³⁷⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito** (...). Op. cit., p. 614.

³⁷⁹ A posição adotada por Renato Lopes Becho sobre o fato de a jurisprudência ser fonte do direito ao lado, por exemplo, da lei e da doutrina, pode ser comprovada para o exemplo que o citado autor oferece para leitura em um de seus livros. Tratando da multiplicidade de decisões contraditórias nos tribunais pátrios, o autor faz a seguinte explicação: “*talvez uma das explicações para esse estado de coisas nos tribunais brasileiros esteja relacionada à consideração das fontes do direito tributário. Enquanto um julgador olhar para apenas uma doutrina antes de decidir, outro atentar para uma obra acadêmica diferente, um terceiro procurar encontrar o fundamento para sua decisão na lei, e um quarto nos precedentes jurisprudenciais, cada um deles poderá produzir um resultado diferente. A análise global das fontes do direito, entretanto, poderá levar os julgadores a decidir com mais segurança. A ponderação a partir de diversas linhas doutrinárias diferentes e a reflexão sobre os precedentes jurisprudenciais, além da necessária verificação legal, a partir do Texto constitucional, poderá evitar que os julgadores se vejam na situação descrita na citação anterior*” (BECHO, Renato Lopes. **Lições de Direito** (...). Op. cit., p. 212).

³⁸⁰ No mesmo sentido, cf., Miguel Reale, para quem “*é inegável que, se o Judiciário considera de ordem pública uma norma legal antes tida na conta de regra dispositiva, ou vice-versa, verifica-se uma alteração substancial na dimensão típica do preceito, o qual adquire ou perde força cogente. Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser ‘de direito’ no caso concreto. O magistrado, em suma, interpreta a norma legal situado numa ‘estrutura de poder’, que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma norma particular, o seu entendimento da lei*”. (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 169).

posterior do Direito, então a jurisprudência, mas também a ciência do Direito, são fonte do Direito”³⁸¹.

No entanto, independentemente da qualificação dos precedentes (ou jurisprudência) como fonte do Direito – o que depende do sistema de referência adotado pelo intérprete –, o fato é que ao falar em direito vigente é preciso tomar por base não só o texto normativo da lei (sentido lato), mas, igual e principalmente, os textos normativos pelos quais os precedentes são manifestados, na demonstração do sentido que há de ser dado às normas jurídicas resultantes dos processos interpretativos autênticos. Por isso, Misabel Derzi diz que a projeção das decisões judiciais para o futuro é essencial à orientação das expectativas normativas e à preservação da segurança jurídica, porquanto a aplicação da norma jurídica reconhecida mediante o processo interpretativo autêntico “*é pressuposto normativo de aplicação para todos os demais casos iguais*”³⁸². Na criação de uma norma individual e concreta, a “*obrigatoriedade de antecipação do futuro ou de sua projeção está implícita em toda decisão*”³⁸³.

4.3. A modulação dos efeitos das decisões no direito brasileiro

Acerca das regras escritas específicas, o direito brasileiro estabelece alguns procedimentos para a modulação dos efeitos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em relação a duas determinadas e específicas situações.

A primeira está no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. Tal dispositivo estabelece os procedimentos para a modulação dos efeitos de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo³⁸⁴. Havendo, pois, a declaração de inconstitucionalidade, a Corte Constitucional poderá modular os efeitos de sua decisão, desde que observe o procedimento específico, qual seja a submissão da decisão à totalidade dos Ministros daquela e à observação do quórum qualificado de dois terços para

³⁸¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito** (...). Op. cit., p. 614.

³⁸² DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência** (...) Op. cit., p. 292

³⁸³ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência** (...) Op. cit., p. 292

³⁸⁴ Lei nº 9.868/99 (...) Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

decidir (i) se haverá restrição dos efeitos daquela declaração, (ii) se só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou (iii) se valerá em qualquer outro momento que venha a ser fixado³⁸⁵.

A segunda, no artigo 4º da Lei nº 11.417/2006. Tal dispositivo estabelece os procedimentos para a modulação dos efeitos na hipótese de edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal³⁸⁶, nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal. A súmula vinculante tem efeito imediato – ou seja, a partir da sua publicação, passará a ser de observação obrigatória em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Entretanto, a Corte Constitucional também poderá restringir a eficácia temporal vinculante da súmula vinculante, desde que observe o procedimento específico, a saber, a submissão da decisão à totalidade dos seus Ministros e à observação do quórum qualificado de dois terços para decidir sobre um novo momento de eficácia.

A proteção à segurança jurídica, quer parecer, é clara e está evidente no próprio texto normativo. Diz o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 que a modulação nos casos em que há a declaração de inconstitucionalidade se fará por “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”; e o artigo 4º da Lei nº 11.417/2006 trata das “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”, como requisito fundante da alteração da data de início da eficácia da súmula vinculante.

Recorrendo-se aos debates legislativos anteriores à promulgação da Lei nº 9.868/1999, pode-se perceber, da exposição de motivos relacionados à proposta de edição do artigo 27, a preocupação em aproximar as decisões da Suprema Corte da “vontade constitucional³⁸⁷”, especialmente:

³⁸⁵ Vale ressaltar que, independentemente da modulação ou não dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou da decisão sobre o início da eficácia da súmula vinculante, é certo que há outros limites impostos ao Supremo Tribunal Federal, no que tange à eficácia dessas decisões. Como lembra Robson Maia Lins, “a dicção do art. 27 da Lei nº 9.868/99 não prescreve tudo acerca da retirada dos efeitos da RMIT declarada inconstitucional. Há outros limites impostos pela Constituição Federal que sequer o STF pode olvidar em suas decisões de inconstitucionalidade. É o caso do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. (...) Mesmo que ausente algum daqueles requisitos do art. 27 da referida lei, não poderá o STF com a decisão de inconstitucionalidade simplesmente ‘limpar’ o sistema jurídico” (LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 185/186).

³⁸⁶ Lei nº 11.417/2006 (...) Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

³⁸⁷ Exposição de Motivos nº 189, de 7/4/1997, ao Projeto de Lei nº 2.960/97.

[...] naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g., lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.³⁸⁸

A chamada “*vontade constitucional*” pode, e deve, ser lida como a vontade de preservação da segurança das relações sociais – a proteção à segurança jurídica. As razões de “*segurança jurídica*” e as razões de interesse “*social*” ou “*público*” serão sempre requisitos materiais para a modulação de efeitos de decisões. A própria garantia à segurança jurídica é de interesse social (ou público) – e assim se faz a leitura, aqui, da definição de “interesse social” ou “interesse público”³⁸⁹. É preciso pensar que a aplicação continuada de uma determinada lei (que venha a ser declarada inconstitucional) por diversos anos torna impossível a declaração de sua nulidade desde a origem, sobretudo em face da necessidade intrínseca do Estado em manter preservada a segurança jurídica.

Desse modo, atentar-se-á mais contra a segurança jurídica – e, assim, mais se afastará da “*vontade constitucional*” – a declaração da nulidade da lei inconstitucional, do que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para o futuro. O mesmo raciocínio vale para a modulação da eficácia da súmula vinculante. Configurado o conflito entre a nulidade da lei ou ato inconstitucional e a segurança jurídica, a solução passa, necessariamente, por um processo de ponderação; “*em muitos casos, então, há de se preferir a declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito*”³⁹⁰.

O Estado tem como dever a preservação da segurança; a sociedade anseia por isso, pois precisa ter certeza em relação ao direito vigente, bem como previsibilidade e calculabilidade para planejar. Gilmar Mendes anota que a nulidade da lei inconstitucional “*não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida, bem como nas hipóteses em que a sua aplicação puder trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica)*”³⁹¹.

Como foi dito, a segurança jurídica é fim que justifica a criação do próprio Estado de Direito e, assim, deve ser buscada de forma incessante pelos intérpretes do direito, especial e

³⁸⁸ Exposição de Motivos nº 189, de 7/4/1997, ao Projeto de Lei nº 2.960/97.

³⁸⁹ O interesse social ou interesse público está justamente em fazer prevalecer a segurança jurídica sobre qualquer outro interesse que esteja em questão.

³⁹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex tunc* e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008. p. xxvii da Apresentação feita pelos autores.

³⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 333.

notadamente, pelo intérprete autêntico. A segurança jurídica sempre deverá ser colocada como “o norte” a ser perseguido.

4.3.1. Efeitos prospectivos além das declarações de inconstitucionalidade em controle concentrado

Os textos normativos que tratam especificamente de procedimentos para a modulação de efeitos de decisões do Supremo Tribunal Federal (artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e artigo 4º da Lei nº 11.417/2006) não inovaram – a não ser pelo requisito formal da modulação nas específicas situações que mencionam: quórum qualificado de 2/3 dos Ministros para aprovação – em relação à restrição dos efeitos das decisões relativas à declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos. Os registros do passado, em relação aos quais se pode extrair a aplicação dos efeitos *ex nunc* às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, retornam à década de 70. Desde essa época, o Supremo Tribunal Federal já trabalhava, em seu processo interpretativo, com as ponderações entre a nulidade das leis declaradas inconstitucionais, ante a supremacia da constituição Federal e a proteção à segurança jurídica, mediante a preservação da certeza e da boa-fé objetiva.

No julgamento do RE nº 79.209, de relatoria de Aliomar Baleeiro, discutia-se a validade dos atos praticados por agentes públicos vinculados ao Poder Executivo, no exercício das funções típicas de oficial de justiça, por força de lei – declarada inconstitucional –, que os colocaram à disposição do Poder Judiciário. Na oportunidade, mesmo tendo sido declarada a inconstitucionalidade da lei que colocou esses agentes à disposição do Poder Judiciário, a Corte Suprema considerou “*válida a penhora feita por agentes do Executivo, sob as ordens dos Juízes, nos termos da lei estadual de São Paulo, s/n, de 3.12.1971, mormente se nenhum prejuízo disso adveio para o Executado*”³⁹². Ainda sobre esse processo, cabe registrar um trecho da manifestação do Desembargador Macedo Costa, vice-presidente do Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, quando da admissão do Recurso Extraordinário em questão:

³⁹² RE79.209/SP – SÃO PAULO. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Aliomar Baleeiro. Julgamento: 4/6/1974. Órgão Julgador: Primeira Turma. DJ 11/10/1974.

Tratando-se de matéria que passou a ter nova perspectiva ante o pronunciamento do E. Supremo Tribunal Federal, cuidou de maior prudência abrir instância extraordinária para que o C. Tribunal ad quem possa, com sua autoridade, dizer quais os efeitos mediatos da declaração de inconstitucionalidade e se o vício da lei em causa contaminou tudo quanto foi dela consequência, notadamente os atos realizados por uma investidura funcional írrita de direito, mas atuante de fato. (Texto sublinhado constante no original.)

No tocante à boa-fé, a Procuradoria-Geral da República assim opinou:

[...] a validade da citação e da penhora decorre da presunção de legitimidade das funções exercidas por tais funcionários – cuja designação foi fundada em lei formalmente perfeita –, em virtude da aparência de regularidade decorrente das condições do exercício das funções, tomando certa a boa-fé dos particulares.

O instituto da boa-fé também foi objeto de análise pelo Ministro Leitão de Abreu no julgamento sobre a validade de contratos de aluguel que foram celebrados sob a égide do Decreto-Lei nº 322/67 (que tratava de reajuste periódico), declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade do seu voto, o referido Ministro destacou que:

[...] a tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o Poder Público, se apure prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo ao ato e, fundado nele, operou-se a presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.

Na mesma linha, após a declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Minas Gerais que determinava o pagamento de uma gratificação progressiva a magistrados, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar sobre os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade, notadamente no que tange à devolução dos valores já recebidos pelos magistrados. Em processo promovido por alguns magistrados mineiros, registrado como Recurso Extraordinário nº 122.202-6, a Corte Suprema se manifestou sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a necessária aplicação dos efeitos *ex nunc*. Cabe destaque às palavras do relator:

Esta ideia, provavelmente erigida sob pilares como o da boa-fé e o da estabilidade das relações jurídicas, só se vê de justificar enquanto se supõe válida a lei determinante de tais benefícios, porque ainda não apreciada em juízo de constitucionalidade pelo Supremo. [...] Mantendo no caso concreto a vitalidade de determinado quadro normativo apesar de já declarado inconstitucional pelo Supremo, o acórdão recorrido expôs-se à correção extraordinária, no sentido de limitar seus efeitos ao período anterior à

declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual 9.262 – portanto, ao período de validade inquestionada dessa última³⁹³.

Vê-se que não é de hoje, nem a partir da edição da Lei nº 9.868/99, que o Supremo Tribunal Federal atribui efeitos *ex nunc* às decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma lei, relativizando, nesta ordem, a supremacia da constituição e o dito princípio da nulidade da lei inconstitucional. E assim o fazia – e o faz –, independentemente de autorização legislativa para tanto. Lembra Nelson Nery Junior que:

[...] embora medida excepcional, que neutraliza (rectius: torna inaplicável) a regra da nulidade da norma inconstitucional, essa providência [modulação dos efeitos] é decorrente do sistema de controle de constitucionalidade, de modo que não depende de prévia autorização legislativa para que seja tomada.³⁹⁴

Sob esse raciocínio, mesmo depois da edição da Lei nº 9.868/99, O Supremo Tribunal Federal continuou aplicando a modulação dos efeitos das decisões que declaravam a inconstitucionalidade de lei, mesmo quando diante de casos levados à Corte pelo controle difuso de constitucionalidade. Foi assim no julgamento do RE nº 197.917, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa³⁹⁵. Na oportunidade, decidiu-se pela declaração de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, tendo em vista a fixação irregular do número de vereadores, em face do artigo 29, IV, alínea “a”, da Constituição Federal.

Abstraindo a questão de mérito em relação à (in)constitucionalidade da lei em questão, importa ater-se à discussão relativa à modulação dos efeitos da decisão, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da referida lei. Durante os debates, o Ministro Marco Aurélio entendeu pela necessidade de limitação (*pro futuro*) dos efeitos da declaração, mesmo em se tratando de controle difuso. Em suas palavras:

Embora a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não estou a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999. Cuida-se aqui tão-

³⁹³ RE 122202/MG. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Francisco Rezek. Julgamento: 10/8/1993. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 8/4/1994.

³⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. “Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior”. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito *ex tunc* e as decisões do STJ**. 2ª ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 101 (texto entre colchetes aditado).

³⁹⁵ RE 197917/SP. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 6/6/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 7/5/2004

somente de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. [...] Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental (fls. 407 e 416).

Acerca da ponderação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e da segurança jurídica, exaltando, ainda, a igualdade, o Ministro Marco Aurélio arrematou:

Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade de lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; de exclusão de benefícios incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica). Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito. (fls. 420)

Ao final do julgamento, o acórdão foi assim ementado (trecho que interessa ao presente trabalho):

[...] 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade [...].

Em matéria tributária, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou algumas vezes sobre a modulação dos efeitos das decisões que, em sede de controle difuso, declararam a inconstitucionalidade de uma lei. Como exemplo, traz-se a discussão havida por ocasião do julgamento do RE nº 556.664/RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Tal julgamento tratou da discussão sobre a (in)constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77. Tais dispositivos foram declarados inconstitucionais porque tratavam de matérias relativas à prescrição e decadência de crédito tributária, as quais são reservadas à lei complementar, nos termos do artigo 146, III, da Constituição Federal. Na ocasião, depois de analisada a questão sobre a necessidade de modulação, a Corte Suprema declarou *“legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos*

previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão”³⁹⁶ do julgamento do próprio RE nº 556.664/RS.

Nessa oportunidade, a decisão tomada pela Suprema Corte não se limitou à aplicação dos efeitos *ex nunc*, pura e simplesmente. Houve a aplicação de uma modulação na modulação. Explica-se.

A aplicação dos efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos já citados implicaria a declaração de que os recolhimentos feitos antes do julgamento, com base nos dispositivos declarados inconstitucionais, estariam corretos e, conseqüentemente, não poderiam ser passíveis de reclamação, mediante, *e.g.*, ações de repetição de indébito. Entretanto, levantando a bandeira da repercussão do teor do julgamento ali proferido – diga-se: num claro reconhecimento de que a norma jurídica resultante do processo interpretativo autêntico, mesmo a partir de um processo que discute a (in)constitucionalidade de uma norma pela via difusa, gera expectativas normativas e orienta as condutas dos indivíduos com elevado grau de certeza e confiabilidade – e da preservação da segurança jurídica, o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes encabeçou a conclusão de que a atribuição dos efeitos *ex tunc* acabou sendo delimitada (novamente, modulada) para permitir a aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional àqueles casos que já haviam sido postos à apreciação do Poder Judiciário. Vale conferir as palavras do Ministro:

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação dos efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento. [...] Os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não deveriam ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.³⁹⁷ (fls. 1.943)

³⁹⁶ RE 556.664/RS. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 12/6/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-216 de 13/11/2008.

³⁹⁷ Sobre o teor desse julgamento e da discussão em torna da modulação dos efeitos da decisão no caso específico, Tathiane Piscitelli classifica tal decisão como uma *idiosincrasia*. Segundo ela, no caso analisado não havia qualquer consequência atentarória contra a segurança jurídica, eis que o próprio STF já havia se manifestado – e continuava fazendo – pela competência privativa de lei complementar para estabelecimento de prazos de decadência e prescrição. Em suas palavras, questiona: “*sendo assim, por que justificar a decisão com base na ‘insegurança jurídica’ que a ausência de modulação dos efeitos poderia causar? A explicação para a modulação dos efeitos na forma como se deu está na verdadeira razão condutora do voto: tratou-se, isso sim, de uma medida protecionista à Previdência*” (PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas Conseqüências no Direito Tributário** (...) Op. cit., p. 114-115). Aqui, em contraponto, o que se deseja justificar neste trabalho, ainda que a decisão em questão tenha como justificação política de fundo a proteção ao caixa da Previdência, é que o STF encontrou, nesse ponto, a necessidade de modulação dos efeitos da sua decisão. Tal busca pela garantia da segurança jurídica, neste caso, vale dizer, não esteve voltada à proteção do patrimônio –

Tratando sobre a necessidade de preservação da segurança jurídica em face das relações jurídicas já consolidadas, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao abordar a *questão de ordem* no julgamento do RE nº 353.657-5/PR³⁹⁸, destacou que a edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 se deu em razão da necessidade de preservação da “*estabilidade de relações jurídicas preexistentes*”:

Como a inconstitucionalidade pode ser arguida a qualquer tempo, não é difícil imaginar que a adoção sistemática da sanção de nulidade acarretaria graves transtornos às relações sociais, visto que a própria certeza do direito poderia ser colocada em xeque. A anulação da norma inconstitucional, com modulação dos efeitos temporais da decisão, surge assim como preciso instrumento que permite temperar o princípio da supremacia constitucional com outros valores socialmente relevantes, em especial o da segurança jurídica. (fls. 689)

Ainda em seu voto sobre a *questão de ordem*, após deixar clara a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso³⁹⁹, o Ministro Ricardo Lewandowski passou a defender a necessidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, também, nos casos em que for constatada mudança de entendimento jurisprudencial.

Vale o detalhamento.

O processo em questão trata da (in)constitucionalidade em relação ao aproveitamento de créditos tributários do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando da entrada, no estabelecimento do contribuinte, de insumos sujeitos à alíquota zero. A decisão, pela declaração da *ausência do direito ao creditamento*, segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, sobre quem suscitou a *questão de ordem* relativamente à modulação dos efeitos da decisão, representou uma guinada na jurisprudência da Corte Constitucional.

Fazendo um exame dos registros jurisprudenciais, o Ministro Ricardo Lewandowski relatou:

em duas ocasiões anteriores, a última em 18/12/2002, o Plenário desta Suprema Corte manifestou-se favoravelmente, por ampla maioria, ao creditamento do IPI nas operações de que tratam os recursos sob exame. E

pelo menos na sua totalidade, já que permitiu a restituição em relação aos processos já em curso (administrativos e judiciais). Frise-se, neste ponto, a utilização do mecanismo da modulação dos efeitos em situação total e completamente distinta daquelas situações previstas nas Leis nº(s) 9.868/99 e 11.417/2006, justamente para preservar a segurança jurídica, desta feita, em prol do fisco.

³⁹⁸ RE 353657/PR. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 25/6/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-041, de 6/3/2008.

³⁹⁹ “*Esses fundamentos que autorizam a modulação dos efeitos nas decisões proferidas nos processos de índole objetiva, também se aplicam, mutatis mutandis, aos processos de natureza subjetiva*” (fls. 692/693).

com base nessas decisões foram tomadas várias outras, de caráter monocrático, neste Tribunal, e de natureza coletiva, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais. Em pesquisa que realizei, pude perceber que, não obstante a tendência que aqui se manifestava acerca da mudança de entendimento sobre a matéria, praticamente todos os Tribunais Regionais Federais e mesmo os magistrados de primeira instância da Justiça Federal continuaram a prestigiar a jurisprudência predominante nesta Corte. (fls. 695/696)

A pesquisa feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski demonstra que a norma jurídica que constava no núcleo estável de normas jurídicas – norma esta extraída de uma série de precedentes persuasivos, não só originados da própria Corte Suprema, mas cuja proliferação já havia influenciado as decisões proferidas pela maioria dos tribunais de segunda instância e por muitos juízes de primeira instância – era aquela que convalidava a possibilidade de aproveitamento de crédito tributário, decorrente de entrada de insumos sujeitos à alíquota zero, por ocasião da apuração do *quantum* devido a título de Imposto sobre Produtos Industrializados.

A constância dessa norma jurídica no núcleo estável, convalidada inúmeras vezes pelo intérprete autêntico – o Ministro Ricardo Lewandowski anota o “*entendimento pacificado na Suprema Corte do país, por quase uma década, visto que datam do final dos anos 90*” (fls. 697) –, deu a confiança de que os contribuintes precisavam para o aproveitamento desses créditos na apuração do referido imposto, seguros por estarem fazendo a coisa “certa” aos olhos do próprio intérprete autêntico. Diante dessa situação, o Ministro Ricardo Lewandowski concluiu:

Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de uma nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante. Isso, sobretudo, em respeito ao princípio da segurança jurídica. (fls. 697)

Ao final do seu voto, o Ministro concluiu que a modulação dos efeitos daquela decisão – que declarou a impossibilidade de aproveitamento de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados – era condição que se impunha não só em face da segurança jurídica, mas em decorrência dos “postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre os quais se assenta o próprio Estado de Democrático de Direito” (fls. 699).

Do que até aqui foi exposto, pode-se notar que o ordenamento jurídico brasileiro – conjunto de textos normativos – contempla a possibilidade de modulação dos efeitos da

declaração de inconstitucionalidade, tomando por base a segurança jurídica na concretização dos primados da boa-fé, da confiança legítima e da preservação das expectativas normativas. O referido texto normativo – que, repita-se, apenas tratou de definir requisitos para a tomada de decisões nesse sentido (modulação) – menciona somente o alcance das decisões dadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Misabel Derzi reforça o entendimento sobre a desnecessidade de lei infraconstitucional processual para “autorizar” a modulação dos efeitos das decisões na situação que diga respeito à mudança de entendimento jurisprudencial. Afirma a autora que “à luz da Constituição da República, a questão entre nós, é e sempre foi de hermenêutica constitucional (jamais de regulação por lei infraconstitucional, como admitem outras ordens jurídicas)”⁴⁰⁰.

Roque Antônio Carrazza, em conclusão ao trabalho sobre segurança jurídica e a eficácia das decisões que promovem alterações jurisprudenciais, destaca:

[...] no ordenamento jurídico brasileiro não existem óbices, mas, pelo contrário, prevalecem relevantes princípios jurídicos, no sentido de que qualquer Tribunal Superior, ao alterar sua jurisprudência consolidada, mais do que a faculdade, tem o infestável dever de limitar os efeitos temporais da nova orientação, preservando fatos ou situações ocorridas sob a égide da orientação anterior⁴⁰¹.

O Supremo Tribunal Federal não poderia ser diferente, tendo debatido e aplicado a modulação dos efeitos temporais às decisões que declaram a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos – e, até mesmo, em relação à aplicação da modulação temporal dos efeitos de decisões, ainda que no sentido da constitucionalidade, que representaram mudança de entendimento pacificado pela própria Corte Suprema – em nome da proteção à segurança jurídica. A modulação dos efeitos das decisões promovidas pelos intérpretes autênticos constitui mecanismo de ponderação a ser executado entre “*norma constitucional violada e outra norma constitucional: a que protege os efeitos já produzidos pela lei declarada inconstitucional, postulando mantê-los, e.g., em nome da boa-fé, da moralidade ou da segurança jurídica*”⁴⁰².

⁴⁰⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência** (...) Op. cit., p. 240.

⁴⁰¹ CARRAZZA, Roque Antônio. **Segurança jurídica** (...). Op. cit., p. 70.

⁴⁰² BARROSO, Luis Roberto. **Mudança de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais**. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf, acessado em 23/8/2014. p. 7/8.

4.3.2. Aplicação exclusiva dos requisitos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 às decisões que representem a declaração de *inconstitucionalidade de lei ou ato normativo*

O artigo 27 da Lei nº 9.868/99, em que pese pareça “autorizar” a tomada de uma decisão pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo a modulação dos efeitos temporais de uma decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, deve ser enxergado como um dispositivo que veio para regulamentar, sob a perspectiva da exigência de requisitos formais, a atuação da Suprema Corte, quando da modulação dos efeitos das suas decisões – só, e somente só, das decisões que declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Ao ler o citado dispositivo, mormente na parte que diz “*poderá o Supremo Tribunal Federal (...) restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*” e na parte que diz “*tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*”, chegue-se à conclusão, em face de tudo o que já foi exposto neste trabalho, de que o texto normativo é inócuo e em nada inovou. Quer-se dizer: a norma jurídica que permite a modulação dos efeitos das decisões já vinha, há muito tempo, sendo construída pelo Supremo Tribunal Federal. A inovação do texto normativo em nada alterou a norma jurídica anteriormente produzida, justamente aquela que permite a modulação dos efeitos das decisões, em face da proteção da segurança jurídica, da preservação da certeza, confiança e boa-fé, viabilizando a concretização das expectativas normativas.

Em verdade, a inovação legislativa não foi de toda inócua. Trouxe algo novo: o requisito formal para a aprovação da modulação dos efeitos das decisões dadas pelo Supremo tribunal Federal, quando declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, a saber, a necessária votação favorável pelo quórum de 2/3 do número de Ministros dessa Corte.

Esse requisito, entretanto, só se aplica quando da modulação dos efeitos das decisões que tenham declarado a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, e não para os demais casos em que a norma da modulação dos efeitos da decisão é aplicada.

Assim, Guilherme Sarri Carreira concorda que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 é específico e trata somente da modulação dos efeitos da decisão na situação que traz prescrita: “sua interpretação deve ser restrita às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade, não podendo ser utilizada como fundamento para a concessão de efeito prospectivo no caso de mudança de jurisprudência (superação de precedente), cujo fundamento é diverso”⁴⁰³.

Nessa mesma linha, Luís Roberto Barroso, em parecer encomendado pelo Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para embasar recurso de *embargos de declaração*, nos autos do Recurso Extraordinário nº 377.457, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, destacou que na hipótese de aplicação da modulação dos efeitos de decisão que implique mudança de entendimento consolidado naquela Corte Suprema:

[...] não há que se falar na aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 e, por consequência, no quórum de dois terços nele previsto. Com efeito, o dispositivo invocado versa sobre a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo proferida em abstrato pelo STF.⁴⁰⁴

O comando extraído do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, especialmente no que se refere ao requisito formal para a aprovação da modulação dos efeitos (votação mediante quórum qualificado de 2/3 dos Ministros) – como dito, os requisitos materiais escritos neste dispositivo (*e.g.*, preservação da segurança jurídica ou interesse social) já podiam ser extraídos do ordenamento até então vigente –, só é aplicável para os casos em que a modulação se referir à decisão que representou a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

No julgamento do RE nº 370.682/PR, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes – também tratou da (in)constitucionalidade em relação ao aproveitamento de créditos tributários do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando da entrada, no estabelecimento do contribuinte, de insumos sujeitos à alíquota zero e, conseqüentemente, assim como no julgamento do RE nº 353.657-5/PR, também tratou da aplicação da modulação dos efeitos da decisão, tendo em vista a discussão sobre a existência ou não de uma mudança de entendimento jurisprudencial daquela Corte Constitucional –, bastante se discutiu acerca da

⁴⁰³ CARREIRA, Guilherme Sarri. **O Princípio da Segurança Jurídica e a Superação do Precedente Judicial**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC/SP, 2013. p. 132.

⁴⁰⁴ Parecer apresentado juntamente com recurso de *embargos de declaração*, perante o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 377.457, por ocasião do pedido feito pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, admitido no processo na condição de assistente, para que fosse reconhecido o erro material na exigência do *quorum* de dois terços para modulação dos efeitos da decisão tomada (íntegra disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI72138,41046-Modulacao+dos+efeitos+temporais+no+caso+da+Cofins+pode+se+dar+por>, acessado em 29/8/2014).

aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 para fundamentar a aplicação de modulação dos efeitos da decisão que implicou mudança de jurisprudência. Em um dos mais ricos debates sobre o assunto, os Ministros trataram (i) da possibilidade de modulação, quando da alteração de jurisprudência, (ii) da definição do que seria uma “*jurisprudência consolidada*”, no sentido de justificar a aplicação da modulação e, de igual modo, (iii) da aplicação ou não do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 nesse caso.

Sobre o terceiro ponto – aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 para fundamentar a aplicação de modulação dos efeitos da decisão que implicou mudança de jurisprudência –, em todos os votos e manifestações durante os debates, os Ministros da Corte Suprema reconhecerem que a modulação dos efeitos das decisões que representem mudança na jurisprudência consolidada decorre, sempre, da necessidade de preservação da segurança jurídica, independentemente do que diz o referido dispositivo. O Ministro Gilmar Mendes, por ocasião dos debates, ressaltou:

Desde já, gostaria de ressaltar que comungo das preocupações doutrinárias do Ministro Ricardo Lewandowski, especialmente quanto à questão da prospectividade. E aí não se trata de aplicação do art. 27, conforme Sua Excelência deixou bem claro. [...] É claro, Sua Excelência valeu-se do argumento do art. 27 – também os requerentes da questão de ordem o fizeram –, por se tratar, até, de arrimo hoje auto-evidente, uma vez que vem sendo aceito e praticado pelo Tribunal. Mas Sua Excelência deixou bem claro que se tratava de uma interpretação. E nesse sentido o Tribunal tem acolhido essa orientação. (fls. 566)

Na sequência, o Ministro Marco Aurélio anui e afirma: “*Ministro Gilmar Mendes, tanto que não precisamos votar o que seria a preliminar de admissibilidade da aplicação do art. 27 no processo subjetivo*” (fls. 567). Na mesma linha, opinou o Ministro Sepúlveda Pertence:

[...] quanto ao tema, nada teria a acrescentar, apenas duas ou três observações. Uma, que o caso não é de aplicação do art. 27, nem sequer dos velhos precedentes que negaram efeitos retroativos **ex tunc** às declarações, em tese, da inconstitucionalidade da lei. [...] O caso alegado é de virada jurisprudencial. (fls. 573 e 574, negrito constante no original).

Aliás, o quórum qualificado – ou “qualificadíssimo”, definição que pode ser usada, tendo em vista que 2/3 dos Ministros da Suprema Corte equivale a oito, e não à metade mais um da totalidade dos Ministros (maioria absoluta, ou seja, seis), como é exigido, por exemplo, à decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (artigo 97 da

Constituição Federal⁴⁰⁵) – para a modulação dos efeitos de decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo justifica-se em razão da necessária ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o da segurança jurídica. E mais, ao atribuir efeitos *ex nunc* à decisão que declarou a constitucionalidade de uma lei, a Suprema Corte está excepcionando a própria supremacia da Constituição Federal, como se suspendesse a sua eficácia – da Constituição – naquele específico ponto em que a lei a confrontou. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso explica:

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger uma dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isto representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.⁴⁰⁶

Partindo dessas razões, é certo que a modulação dos efeitos, ou seja, a atribuição de efeitos *ex nunc* às decisões que representam declaração de inconstitucionalidade implica um verdadeiro congelamento parcial e temporalmente determinado da norma constitucional infringida. É medida grave que, por si só, justifica o requisito do quórum mais elevado.

Por isso, Luís Roberto Barroso anotou que a modulação por ocasião da mudança de entendimento jurisprudencial:

[...] decorre de forma direta, e necessária, da incidência de normas constitucionais, como a irretroatividade tributária e a proteção da confiança e da boa-fé. Isto é: não se mantém a vigência de um ato inválido, mas evita-se uma inconstitucionalidade.⁴⁰⁷

Assim, não faz o menor sentido aplicar à hipótese de modulação dos efeitos de decisões que impliquem mudança de entendimento jurisprudencial o quórum “qualificadíssimo” de 2/3, do artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

⁴⁰⁵ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁴⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.

⁴⁰⁷ Parecer apresentado juntamente com recurso de *embargos declaração*, perante o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 377.457, por ocasião do pedido feito pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, admitido no processo na condição de assistente, para que fosse reconhecido o erro material na exigência do *quorum* de dois terços para modulação dos efeitos da decisão tomada (íntegra disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI72138,41046-Modulacao+dos+efeitos+temporais+no+caso+da+Cofins+pode+se+dar+por>, acessado em 29/8/2014).

Se não houver declaração de inconstitucionalidade, não há que se falar em observação do referido quórum, de modo que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 não pode ser aplicado para limitar a atribuição dos efeitos prospectivos ao quórum de 2/3, nos casos em que não há declaração de inconstitucionalidade, conclusão, vale frisar, que tem como pressuposto o fato de que a modulação dos efeitos das decisões não se limita à hipótese do referido dispositivo.

4.3.3. Aplicação exclusiva dos requisitos do artigo 4º da Lei nº 11.417/2006 às decisões que tratem da determinação dos efeitos vinculantes das súmulas vinculantes

O mesmo raciocínio adotado no tópico anterior deve ser aplicado em relação à inaplicabilidade dos requisitos formais prescritos pelo artigo 4º da Lei nº 11.417/2006 à atribuição de efeitos *ex nunc* às decisões que representarem alteração de entendimento jurisprudencial.

Acrescenta-se, entretanto, a especificidade do tratamento jurídico da Lei nº 11.417/2006 às decisões que trata do termo *a quo* dos efeitos vinculantes das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Mais uma vez, o fundamento da referida previsão legal está na preservação da segurança jurídica, da certeza do direito e da confiança legítima – mesmos fundamentos que autorizam os tribunais superiores à decidirem pela modulação dos efeitos das decisões que representam alteração de entendimento jurisprudencial consolidado. Isso, porém, não significa que todas as decisões sobre modulação dos efeitos das decisões – sempre fundadas na preservação da segurança jurídica e dos demais valores acima citados – devam submeter-se ao quórum “qualificadíssimo” de 2/3 dos membros do Tribunal.

Destaque-se manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, que anotou que o novo diploma (artigo 4º da Lei 11.417/2006) “*apenas positivou uma lógica decisória inerente à própria função político-jurídica da Suprema Corte, tal como o fez a Lei nº 9.868/99*”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ RE 353657/PR. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 25/6/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-041, de 6/3/2008. Voto sobre questão de ordem às fls., 694/695.

Se não há que se falar em aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, muito menos em aplicação do artigo 4º da Lei 11.417/2006.

4.4. Efeitos *ex nunc* às decisões que representam alteração do resultado interpretativo produzido pelo intérprete autêntico

Diante do que se vem afirmando, a aplicação de efeitos prospectivos (*ex nunc*) às decisões proferidas pelo intérprete autêntico que representem mudança de entendimento anteriormente manifestado, parece ser uma realidade no direito pátrio. Nesse ponto, é importante destacar que o direito, melhor, a interpretação dos textos normativos deve guardar sintonia com a realidade. A norma jurídica não pode se distanciar do contexto social no qual está inserida, já que o sistema do direito é subsistema contido no sistema social. Assim o é e está, ao lado dos demais subsistemas, *e.g.*, o econômico, o político o cultural, o moral e o religioso. As *fontes* da interpretação normativa – a matéria-prima do processo interpretativo do direito (doutrina, lei, jurisprudência, por exemplo) –, cada vez mais, oferecem meios para que se alcance o resultado interpretativo que diga respeito à necessidade de modulação dos efeitos das decisões que reflitam mudança de entendimento consolidado.

Os intérpretes, em especial o científico e o autêntico, têm destacado a importância da construção de decisões direcionadas ao atendimento da segurança jurídica, mediante a concretização de regras e princípios constitucionais, entre eles, já citados, a certeza do direito, a confiança legítima, a irretroatividade, a igualdade, a liberdade, a propriedade privada, a previsibilidade e a calculabilidade. Diante desse cenário, a decisão acessória sobre a modulação dos efeitos das decisões acaba sendo uma exigência, sempre que o resultado interpretativo autêntico representar a construção de uma norma jurídica para aplicação a um caso presente que seja diferente da norma jurídica já incluída, no passado, no núcleo estável de normas por ocasião do julgamento de caso semelhante. A modulação dos efeitos – com a atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão que reflete alteração de entendimento consolidado – é instrumento processual que tem por finalidade imediata assegurar a *irretroatividade* da norma jurídica, preservando a manutenção da segurança jurídica.

Reconhecendo a jurisprudência como *fonte do direito*⁴⁰⁹ – já se mencionou neste trabalho que o referencial para definição do conceito de fonte está no conjunto de atos e fatos que são produzidos para criação de um texto normativo, muito embora se reconheça que a jurisprudência, assim como a lei e a doutrina, também deve ser levada em consideração para todo e qualquer processo de interpretação normativo –, Regina Helena Costa anota que a leitura mais adequada que deve ser dada aos textos normativos que se referem à irretroatividade da “lei” é “*a que prescreve que os atos estatais não podem tanger direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, pois tanto os atos administrativos quanto as decisões judiciais resultam da aplicação da lei aos casos concretos*”⁴¹⁰. Conclui, portanto, que as referências feitas pelos textos normativos à irretroatividade estão direcionadas a todos os atos estatais. Portanto, em suas palavras, “*leis, atos administrativos e decisões judiciais devem produzir ou projetar os seus efeitos para o futuro. O pretérito, desse modo, tem de ser resguardado por uma questão de segurança*”⁴¹¹.

Teresa Arruda Alvim Wambier, abordando a necessidade de preservação da segurança (certeza) em face da complexidade do sistema recursal brasileiro, anota que as partes “*não podem caminhar pelo processo como caminham as pessoas em ruas e becos escuros, sempre à espera de um assaltante. Criar no processo um clima como esse é, com a mais absoluta certeza, uma deformação capaz de comprometer o Estado de direito*”⁴¹².

Fazendo uma releitura da metáfora usada pela referida autora, adaptando-a ao que se está defendendo neste trabalho, afirma-se que as pessoas não podem *caminhar* na execução de seu planejamento como se estivessem *caminhando em ruas e becos escuros*, sempre à espera de uma mudança repentina que represente a necessidade de abandono do planejamento traçado (*à espera de um assaltante*). Criar na sociedade *um clima como esse é, com a mais absoluta certeza, uma deformação capaz de comprometer o próprio Estado de Direito*.

A pertinência da norma jurídica no núcleo estável de normas jurídicas permite que os indivíduos tenham certeza sobre as consequências jurídicas decorrentes dos seus atos e

⁴⁰⁹ Segundo a autora, “*a aplicação reiterada das normas jurídicas por órgãos do Poder Judiciário constrói pensamento hábil a orientar a conduta dos jurisdicionados, bem como a influenciar a atuação dos legisladores e administradores na busca de aperfeiçoamentos e modificações que o ordenamento jurídico requer. Nos dias atuais, inegável o papel da jurisprudência como fonte do direito*” (COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito** (...) Op. cit., p. 51).

⁴¹⁰ COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito** (...) Op. cit., p. 52.

⁴¹¹ COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito** (...) Op. cit., p. 52.

⁴¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Hipótese de cabimento dos embargos infringentes (a falta de clareza do sistema não pode prejudicar as partes)”. In: **Revista de Processo**, nº 171, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2009. p. 33.

omissões, relativamente àqueles que estão nas hipóteses das referidas normas jurídicas. A aplicação dessas normas jurídicas, de forma contínua e reiterada, para a regulação de condutas em determinada sociedade merece especial atenção, mormente quando os indivíduos, de boa-fé, as realizem na expectativa de que a consequência jurídica seja aquela dita e legitimada pelo próprio intérprete autêntico. Há, destarte, confiança no Poder Judiciário – confiança legítima em relação à manifestação dos resultados interpretativos autênticos.

Não se confunda, frise-se, “confiança legítima” com “esperança”⁴¹³. Esta decorre de um sentimento que induz o indivíduo ao desejo de que algo aconteça, muito embora não se tenha nenhuma garantia de que esse algo realmente vá acontecer. A “confiança legítima” está diretamente ligada ao sentimento de conforto e certeza de que algo vai acontecer, independentemente da vontade de quem confia, que induz o indivíduo a planejar e tomar decisões, com base naquilo em que se pode confiar, em razão da autoridade daquele que tem a prerrogativa de dizer como as coisas devem ser.

Nesse ponto, a existência de alguém com autoridade e poder de coação para dizer como as coisas devem acontecer – trata-se do intérprete autêntico, do Poder Judiciário, especialmente, dos tribunais superiores – é pressuposto da própria ordem jurídica, pois não basta o texto normativo; é preciso que o Estado tenha poder e capacidade para gerir os conflitos. Como anota Tércio Sampaio Ferraz Jr., “*o entendimento do Tribunal confere à confiança do administrado, na boa-fé da Administração, uma presunção de legitimidade*”⁴¹⁴. É isso que fundamenta a adjetivação de “legítima” à confiança depositada nas manifestações do intérprete autêntico, a respeito daquilo que ele considera como norma jurídica.

⁴¹³ Sobre a distinção entre “confiança” e “esperança”, Misabel Derzi – que tomou por base a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann – condensou-a em seis importantes apontamentos, os quais são plenamente aplicáveis neste trabalho. São eles: “(1) a confiança não significa mera esperança, pois ela implica a expectativa confiável, que interfere diretamente na decisão tornada pela pessoa que confia; (2) a confiança supõe certa exposição ao risco, certa relação de dependência daquele que confia, pois quem tem supremacia sobre os eventos/acontecimentos não tem confiança a proteger; (3) dentre as pré-condições para se outorgar confiança, ou seja, as estruturas motivadoras e impulsivas do processo de se gerar confiança, as leis e normas em geral são apenas uma delas, por isso mesmo a legalidade não esgota a riqueza e a extensão da confiança, que a transborda em seu estado latente; (4) a confiança expande os tempos de um sistema, permite o resgate do passado e a antecipação do futuro; (5) a reflexividade é fator de aumento da confiança e, pois, da redução do risco e da complexidade, daí resultando a confiança na confiança como valor. Com isso, podemos falar que o sistema convive com confiança latente e confiança, em grande parte, “percebida”; (6) também a desconfiança, sempre latente como a confiança, é poderosa redutora de complexidade, mas, por sua capacidade destrutiva, tem necessariamente de ser combatida e limitada” (DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência** (...) Op. cit., p. 589-590).

⁴¹⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 2.

Ainda em referência à aproximação do direito à realidade, não se pode mais conceber o juiz como mero agente aplicador do texto legal, como se houvesse significados predeterminados e engessados para cada signo linguístico. Pensar na atividade judiciária dessa forma é equipará-la ao processamento de dados feito por uma máquina previamente programada para tomar decisões determinadas para cada ocorrência determinada⁴¹⁵. Em que pese a aplicação da norma jurídica passar, necessariamente, por um processo de subsunção de um determinado fato a uma determinada hipótese de incidência (antecedente da norma), é certo que o intérprete, antes desse processo de subsunção, valoriza os fatos segundo a sua experiência e, da mesma forma, o faz em relação à interpretação do texto normativo para a colheita das notas que lhe interessam para promover a subsunção. O fato “A” para um intérprete, num determinado tempo, pode ser interpretado como um fato “A”. Para outro intérprete, num mesmo momento ou em momento diferente, pode ser interpretado como fato “A1” – não distante de “A”, mas diferente. O mesmo se diga em relação à escolha das notas que importam para a configuração da hipótese de incidência de uma norma jurídica.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. expõe que *“a interpretação da lei, nesses termos, não é um posicionamento frio e estático sobre o texto e seu sentido, mas uma operação que integra o texto no contexto jurisdicional, com sua relevância casuística e generalização doutrinária”*⁴¹⁶. A atividade do juiz, claramente, é criativa no sentido de construção da norma jurídica, segundo e a partir do texto normativo. Dentro do seu processo decisório (interpretativo), o juiz atribui sentido ao texto normativo – inclui-se, aqui, do texto normativo veiculado pelos próprios precedentes judiciais –, identificando a norma jurídica e manifestando esse entendimento à sociedade.

Nessa atividade interpretativa da construção da norma jurídica a partir da atribuição de sentido ao texto normativo, o juiz não só pode, como deve, levar em conta as consequências advindas da manifestação do respectivo resultado interpretativo, e nesse sentido, a irretroatividade, só para usar como exemplo, também deve ser considerada para justificar a eventual modulação dos efeitos da decisão prolatada.

⁴¹⁵ Vale a anotação feita por Tércio Sampaio Ferraz Jr.: *“não resta dúvida de que faz parte dos julgamentos prolatados por juízes a existência de variáveis que apontam para a importância da convicção subjetiva de cada um. Certamente, isso significa que uma solução ótima para as controvérsias, ou melhor, para o entendimento de noções básicas que lhe dão supedâneo, não se endereça jamais para o automatismo e para a repetição mecânica, como se um computador pudesse ter condições melhores de decisão que o raciocínio humano”* (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 4).

⁴¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 5.

Uma vez que a norma jurídica não existe antes da interpretação e que a interpretação autêntica é aquela que se sobrepõe às demais, não há como fugir da conclusão de que as normas jurídicas inseridas no núcleo estável de normas jurídicas, mediante processos interpretativos autênticos, geram expectativas normativas fundadas na confiança legítima dos indivíduos naqueles que possuem competência e autoridade para dizer o que é o direito. A irretroatividade, pois, não pode ser reclamada somente à lei em si, mas à norma jurídica, tal como definida pelo intérprete autêntico. Por isso, a lição de Misabel Derzi: “o princípio (irretroatividade) não deve ser limitado às leis, mas estendido às normas e atos administrativos ou judiciais. O que vale para o legislador precisa valer para a Administração e os tribunais”⁴¹⁷. Adiante, conclui: “a Administração e o Poder Judiciário não podem tratar os casos que estão no passado de modo que se desviem da prática até então utilizada, na qual o contribuinte tinha confiado”⁴¹⁸.

A expectativa normativa, decorrente da confiança legítima no intérprete autêntico, de que à determinada situação fática será atribuída a mesma consequência jurídica, conforme decisões anteriormente prolatadas, impõe que qualquer novo resultado interpretativo em sentido diferente, independentemente do fundamento da alteração, respeite as condutas do passado que se basearam naquela expectativa normativa. Ainda seguindo a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “a regularidade jurisprudencial, à instância de tribunais superiores, confere, nesses termos, à presunção (marginalmente irreal) de acerto uma espécie de sucedâneo real: a certeza do direcionamento na tomada de decisão judicial”⁴¹⁹, de modo que há uma grande probabilidade de que, baseados na confiança legítima, os indivíduos, “confiando na informação proporcionada pelos peritos em Direito, venham a tomar medidas e propor determinados negócios jurídicos com base naquele direcionamento”⁴²⁰.

Não se deve esquecer que qualquer evento, independentemente dos caracteres de tempo e espaço que o qualificam como fato, quando valorizado, deve ser estudado diante de um sistema de referência. Caso se pretenda atribuir reflexos jurídicos a esse fato, é necessário mergulhá-lo no sistema jurídico. Não por outro motivo, Tércio Sampaio Ferraz Jr. ensina que

⁴¹⁷ DERZI, Misabel. “Notas de Atualização”. In: Baleeiro, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 193 (texto entre parênteses aditado).

⁴¹⁸ DERZI, Misabel. “Notas de Atualização”. In: Baleeiro, Aliomar. **Limitações Constitucionais**. (...) Op. cit., p. 193.

⁴¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 6.

⁴²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 6.

“qualquer fato, ocorrendo no tempo e no espaço, entra em algum sistema jurídico”⁴²¹. Ora, se o sistema do direito é composto por normas jurídicas; a norma jurídica não está textualmente posta, mas é fruto da interpretação do texto normativo; a interpretação autêntica é um legítimo mecanismo de inclusão de normas jurídicas no núcleo estável de normas com característica de sobreposição sobre as demais, é certo que o sistema jurídico no qual o fato “entra” é aquele vigente à época do acontecimento em questão.

Em síntese, como anotado por Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

[...] assim como os fatos jurídicos pretéritos [...] são protegidos contra a retroatividade da lei nova, valendo, à época, de regência, uma jurisprudência pretérita, de fato constante e longamente reiterada, há também de ser considerada para casos indicados antes da nova orientação jurisprudencial.⁴²²

Desse modo, as condutas adotadas pelos indivíduos sob a vigência da norma jurídica anterior não podem ser atingidas pela nova norma jurídica, fruto de um resultado interpretativo diferente por parte do mesmo intérprete autêntico.

4.4.1. Atribuição de efeitos prospectivos às decisões que representam mudança de entendimento jurisprudencial: aproximação da interpretação normativa à realidade jurídica

O direito “*é um organismo vivo, mas um organismo peculiar. Porque ele não envelhece, nem permanece jovem; ele é contemporâneo à realidade*”⁴²³. Essa a descrição do direito feita por Eros Roberto Grau. Ser contemporâneo à realidade significa que, independentemente da alteração ou da manutenção do texto normativo, o direito sempre se manterá contemporâneo, de modo que o processo de construção da norma jurídica – processo interpretativo – e a respectiva aplicação serão sempre permeados pela realidade daquela sociedade sobre a qual recaem as obrigações jurídicas.

O citado autor ainda afirma que “*os textos normativos são formulados tendo em vista um determinado estado de realidade, mas são abstratos em geral, e a realidade referida pela*

⁴²¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 15.

⁴²² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 15.

⁴²³ GRAU, Eros Roberto. **Interpretação da lei tributária e segurança jurídica**. In: Revista de Direito Tributário. v. 113, São Paulo: Malheiros, 2011. p. 223.

norma constitui o seu sentido”⁴²⁴. Renato Lopes Becho, em aula ministrada, também afirmou que o direito precisa se aproximar da realidade⁴²⁵. O direito – as normas jurídicas – é, pois, um dinamismo orquestrado pelos intérpretes, especialmente os autênticos. São eles que mantêm “*os textos adequados à realidade*”⁴²⁶.

É diante dessa necessária aproximação – da atividade interpretativa dos textos normativos à realidade da sociedade – que se propõe a análise aprofundada dos ricos debates ocorridos por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 353.657-5/PR⁴²⁷ (já mencionado nas linhas antecedentes), a respeito da modulação dos efeitos de decisões que impliquem mudança de entendimento jurisprudencial consolidado.

O tema foi levantado como *questão de ordem* pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Com base na premissa de que havia jurisprudência consolidada que permitia o aproveitamento de créditos na apuração do Imposto sobre Produtos Industrializados, decorrentes da entrada de insumos no estabelecimento do contribuinte sujeitos à alíquota zero, o referido Ministro levantou a *questão de ordem* para que fossem dados efeitos prospectivos à decisão que o pleno acabara de tomar, pela impossibilidade de aproveitamento desses créditos, sob o fundamento da manutenção da estabilidade de relações jurídicas até então formadas.

A proposição do Ministro Ricardo Lewandowski gerou importantes e profundas discussões sobre o assunto e, em que pese, ao final, a modulação dos efeitos da decisão não ter sido acatada, a maioria dos Ministros acenou com a possibilidade real de atribuição de efeitos *ex nunc* às decisões que representassem mudança de entendimento jurisprudencial consolidado, muito embora tenham negado a atribuição desses efeitos no caso concreto, por não vislumbrarem a existência de anterior entendimento consolidado.

Questões relativas à aplicação (ou não) do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 – e, bem assim, dos seus requisitos – para decisão sobre a modulação dos efeitos das decisões que impliquem alteração de posicionamento consolidado (o que já foi explicado nos tópicos antecedentes); à determinação daquilo que poderia ser encarado entendimento jurisprudencial

⁴²⁴ GRAU, Eros Roberto. **Interpretação da lei tributária e segurança jurídica**. (...). Op. cit., p. 222.

⁴²⁵ BECHO, Renato Lopes. Aula ministrada no curso de graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 27/8/2014.

⁴²⁶ GRAU, Eros Roberto. *Interpretação da lei tributária e segurança jurídica*. (...). Op. cit., p. 223.

⁴²⁷ RE 353657/PR. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 25/6/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-041, de 6/3/2008.

consolidado; e relativas aos fundamentos jurídicos que amparam a atribuição de tais efeitos *ex nunc* foram longamente debatidas.

A conclusão a que se chega é a de os resultados interpretativos promovidos pelo Supremo Tribunal Federal já caminham para uma aproximação da realidade atual. Não há como negar o crescente volume de intervenções do Poder Judiciário nas relações jurídicas. Isso é consequência da velocidade na multiplicação dos textos normativos e, mais do que isso, na velocidade com que as relações jurídicas vêm se formando ao longo dos últimos anos. É claro e evidente que os processos comunicacionais – pelos quais as relações sociais se estabelecem – estão cada vez mais velozes, o que acaba por gerar um maior número de conflitos e, assim, uma maior intervenção do Poder Judiciário. Assim, em face dessa alta velocidade de evolução das relações sociais, o Poder Judiciário, enquanto intérprete do direito (autêntico), ao procurar se aproximar da realidade social acaba por rever e revalorizar as suas posições sobre determinados assuntos. Isso tem chamado a atenção desses próprios intérpretes para a necessidade de criação de instrumentos a fim de que, dentro desse “novo mundo”, a segurança jurídica continue preservada.

Nesse ponto, vale analisar as ponderações feitas por cada um dos Ministros que se manifestaram no julgamento do RE nº 353.657-5/PR, a começar pelas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, segundo quem, *“quando a matéria é afetada ao Plenário, a decisão surtirá efeitos erga omnes”* (fls. 693). Tal afirmação demonstra o alto grau de expectativas normativas, reflexo imediato de qualquer manifestação tomada pelo Plenário da Corte Suprema, independentemente da via pela qual o processo chegou a julgamento. Confirma essa interpretação a citação feita, na sequência, pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do RE nº 197.917/SP, quando afirmou que *“se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas mais diversas instâncias”* (fls. 693).

Seguindo essa linha, o Ministro Ricardo Lewandowski parte do pressuposto de que o Plenário da Suprema Corte já havia se manifestado duas vezes pela possibilidade de aproveitamento dos créditos pelos contribuintes. E, em razão disso, destacou que os reflexos dessas decisões já haviam tomado grandes proporções na jurisprudência pátria, citando relato de pesquisa sobre a aplicação do mesmo posicionamento pelos juízes de primeira instância e pelos tribunais de segunda instância. Concluiu que, nesse caso concreto, ocorre aquilo que se pode chamar de jurisprudência consolidada – fundada, aqui, em precedentes persuasivos

convalidados pela própria Corte Suprema, inclusive em outras decisões monocráticas que se sucederam.

Tendo apresentado esse contexto fático, o Ministro Ricardo Lewandowski manifestou-se pela necessidade de modulação dos efeitos daquela decisão que estava sendo tomada, pois representava “*alteração substancial no entendimento do STF*” (fls. 697), na tentativa de evitar que “*um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante*” (fls. 697).

Pautado pela proteção à segurança jurídica, à lealdade, à boa-fé e à confiança legítima (todas citadas em sua manifestação às fls. 699) e trazendo exemplos de consequências danosas aos contribuintes que se valeram dos créditos do imposto em conformidade com a *jurisprudência dominante*, o Ministro Ricardo Lewandowski concluiu que “*convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial*” (fls. 698).

Abertos os debates, após as provocações do Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Marco Aurélio não conheceu da aplicação análoga do artigo 27 da Lei nº 9.868/98 e, além disso, inaugurou importante debate sobre a igualdade dos contribuintes. Em que pese um dos fundamentos para a modulação dos efeitos das decisões que impliquem mudança de jurisprudência consolidada haver sido a própria igualdade, o Ministro Marco Aurélio destacou que, naquele caso, o efeito seria contrário. Afirmou o Ministro que “*contribuintes que ingressaram em Juízo, com o termo inicial de vigência que porventura venha a ser fixado, alcançarão vantagem retroativa aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação*” (fls. 708); em contrapartida, “*aqueles que não ingressaram em Juízo, aconselhados corretamente pelo setor técnico, sofrerão as peias dos dois institutos consagrados em Direito: a prescrição e a decadência*” (fls. 708). A ministra Cármen Lúcia também destacou esse argumento (fls. 713).

Neste caso, parece ter razão o Ministro Marco Aurélio. É que a modulação dos efeitos das decisões que impliquem modificação da jurisprudência consolidada deve alcançar os fatos ocorridos durante a vigência do entendimento que foi modificado. Assim, até a prolação das primeiras decisões sobre o assunto, não havia que se falar na inclusão da norma jurídica, sobre o aproveitamento desses créditos, no núcleo estável de normas jurídicas. Até a primeira manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto e até que

essa manifestação começasse a ser difundida, seria prematuro incluir a norma jurídica fruto desse resultado interpretativo no núcleo de normas jurídicas.

Desse modo, a *desigualdade* haveria de ser cogitada apenas se os efeitos atribuídos à decisão no RE nº 353.657-5/PR implicasse a validação do aproveitamento dos créditos na apuração do Imposto sobre Produtos Industrializados somente daqueles que ingressaram em juízo, especificamente, em relação ao período em que se pôde constatar *direito judicial vigente* no sentido da possibilidade de creditamento. Ou seja: para se garantir a igualdade em relação à incidência tributária, é preciso que seja dado o mesmo tratamento a todos que se enquadram numa mesma situação fática. Nesse caso específico, a preservação da igualdade se daria sempre que o Poder Judiciário se manifestasse a favor do creditamento, quando esse creditamento tiver sido feito no período em que ficou vigente a norma jurídica, dita como tal pela Suprema Corte. Assim, estariam na mesma situação fática todos os que se aproveitaram do crédito e entraram com ações judiciais para que se reconhecesse o seu creditamento durante a vigência do entendimento jurisprudencial favorável.

Outro ponto suscitado pelo Ministro Marco Aurélio diz respeito ao fato de que, segundo ele, não haveria de se falar em jurisprudência consolidada que viesse autorizar qualquer modulação de efeitos da nova decisão. O Ministro ressaltou como resultado de suas premissas o fato de que nenhuma das decisões tomadas pela Suprema Corte pela possibilidade de aproveitamento dos créditos alcançou o trânsito em julgado⁴²⁸.

De fato, não há como se concluir pela existência de uma jurisprudência consolidada, ante a ausência de trânsito em julgado das decisões que se pretende tomar como precedentes persuasivos. Nesse mesmo sentido votou o Ministro Eros Grau, segundo quem “*não se pode alterar o que jamais foi fixado definitivamente por este Tribunal. (...) O que detém força de verdade legal é a coisa julgada, cuja autoridade, quando reiterada, faz jurisprudência*” (fls. 715). O trânsito em julgado, pois, é sim requisito necessário para a inclusão de norma jurídica no núcleo estável de normas jurídicas.

⁴²⁸ “*Não menos correto é que os acórdãos formalizados vieram a ser impugnados mediante declaratórios. Os interpostos nos três primeiros somente foram apreciados em fevereiro passado, quando proferi voto desprovido-os. O trânsito em julgado não se confirmou em virtude de interposição de novos embargos. O último permanece conclusivo ao Ministro Eros Grau – que sucedeu o Ministro Nelson Jobim na relatoria –, para apreciação dos declaratórios. Então, não cabe dizer que o Supremo assentou, mediante acórdão coberto pela coisa julgada, o direito ao creditamento. A matéria estava pendente de decisão final pelo Plenário*” (RE 353657/PR. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 25/6/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-041, de 6/3/2008. Fls., 709.)

No decorrer dos debates, especialmente sobre a existência ou não de decisões transitadas em julgado, os Ministros discutiram a semelhança do caso em julgamento (possibilidade de creditamento em razão da aquisição de insumos sujeitos à alíquota zero) com outros casos que, de fato, haviam transitado em julgado (possibilidade de creditamento em razão da aquisição de insumos isentos). Tal debate mostrou a preocupação, independentemente do resultado do julgamento sobre a modulação dos efeitos, do cotejo entre a semelhança do caso presente e os casos passados, para fins de comparação e determinação sobre eventual alteração ou manutenção do posicionamento.

O Ministro Joaquim Barbosa, na sequência dos votos, rejeitou a postulação sobre a modulação dos efeitos da decisão. Em seu voto, o Ministro afirmou que não se verificou a *estabilização das expectativas*. Partindo da premissa, por hipótese, de que houve o trânsito em julgado de decisão proferida pelo Plenário da Corte Suprema sobre caso e matéria idêntica, tal entendimento perdurou por pouquíssimo tempo. Em suas palavras:

[...] a certeza da glosa dos créditos em questão, a ausência de eficácia geral e vinculante do precedente tido como caso líder (RE 350.446), a possibilidade de modificação do entendimento da Corte quanto ao tema e o pouco tempo de prevalência incontestada da orientação projetavam um quadro de expectativa incompleto. (fls. 726)

Para o Ministro Joaquim Barbosa, a estabilização das expectativas só se daria nas hipóteses em que há:

[...] trânsito em julgado, para o caso específico; a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade em controle concentrado; a adoção de resolução do Senado Federal; a súmula de entendimento, com eficácia geral e vinculante; e a prescrição e a decadência. (fls. 725)

O Ministro Carlos Britto manifestou seu entendimento favorável à tese levantada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, entretanto deixou de seguir suas considerações afirmando que o caso em pauta não representava mudança de jurisprudência. Em suas palavras:

Entretanto, Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecendo que a tese de vossa Excelência é muito boa, peço vênias para dizer que o caso não é muito bom. Seria uma tese excelente para um caso típico de consolidada jurisprudência, de cristalizada jurisprudência, naquele sentido de múltiplas decisões convergentes, uniformes, no mesmo sentido. (fls. 732)

Em seguida, claramente sem fazer distinção entre o texto normativo e a norma jurídica, o Ministro Cezar Peluso, supondo, por hipótese, ter havido mudança de jurisprudência, entendeu que tal mudança:

[...] embora pudesse frustrar expectativas, não causaria instabilidade nem insulto ao postulado da confiança e segurança das relações econômicas, sociais ou jurídicas, porque sua eficácia não é vinculante nem erga omnes, e a legislação infraconstitucional determinava comportamento contrário. (fls. 737/738)

O Ministro Gilmar Mendes deixou claro que “*comunga* (“comungo” na redação original) *das preocupações doutrinárias do Ministro Ricardo Lewandowski, especialmente quanto à questão da prospectividade*” (fls. 746). E ressaltou a necessidade de atribuição de efeitos prospectivos em nome da segurança jurídica. Embora tenha rejeitado a proposição para atribuição de tais efeitos, o fez por não vislumbrar efetiva alteração de jurisprudência, pois não havia que se falar em jurisprudência consolidada.

Em seu voto, destacando a doutrina de Peter Häberle, o Ministro Gilmar Mendes fez importante anotação sobre a distinção entre texto normativo e norma jurídica, demonstrando que a interpretação tende à aproximação da realidade vivida pelo intérprete: “*não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. (...) O texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro*” (fls. 750/751).

O Ministro Sepúlveda Pertence, relembando alguns precedentes da Corte Suprema sobre a atribuição de efeitos prospectivos, compartilhou os argumentos pela atribuição de efeitos prospectivos quando da prolação de decisão que implicasse virada jurisprudencial, porém negou a atribuição dos efeitos prospectivos no caso em questão, também por não vislumbrar tal virada. E, no mesmo sentido, finalizou a votação a Ministra Ellen Gracie.

4.5. Impedindo o nascimento de relação jurídica tributária, em decorrência da aplicação de nova norma jurídica a fatos passados

Foi dito no Capítulo 3 que o direito de propriedade é um dos pilares para a garantia da segurança jurídica, especial e notadamente, no que tange às matérias tributárias. O direito de propriedade é princípio da classe dos fundamentais⁴²⁹ e se acha inserido no rol das

⁴²⁹ Marcelo Guerra Martins também classifica o direito de propriedade – ao lado da livre-iniciativa – como um direito fundamental, e a implicação disso é a imperiosa e inafastável necessidade de o Estado respeitá-lo. Segundo o autor, classificar um direito como fundamental “*significa reconhecer que sua ausência pode*

chamadas cláusulas pétreas da Constituição Federal (artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal). A propriedade é *inviolável* (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal); há garantia ao direito individual de propriedade (artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal) e há o dever do Estado de proteger a propriedade privada, mediante intervenção, caso seja necessário (artigo 170, inciso II, da Constituição Federal).

Este direito fundamental à propriedade privada é relativizado, segundo diretrizes já previamente traçadas pela própria Constituição. A garantia à propriedade é absoluta, entretanto, se for levado em conta aquilo que a Constituição Federal estabelece. Assim como a competência tributária é delimitada pelas normas de imunidade, o direito à propriedade é delimitado pelas próprias normas que resultam na competência tributária.

A tributação, já dizia Becker, recai sobre “signos econômicos (*atos econômicos*) ou signos jurídicos (*atos jurídicos*), cuja existência faz presumir a existência de determinado gênero e espécie de renda ou de capital. É nas vias de acesso à renda e ao capital que surge a multiplicidade das naturezas jurídicas dos tributos”⁴³⁰. Não se pode negar, o exercício da competência tributária, nos termos daquilo que foi delimitado pela própria Constituição Federal, implica a retirada de parte do patrimônio do contribuinte para custear as políticas públicas e a máquina administrativa.

Nesse sentido, foi dito anteriormente que o poder-dever de tributar e o direito à propriedade privada são vetores representativos de garantias constitucionais que estão intimamente ligados, ao tempo que apontam para direções opostas. Em síntese, Marcelo Guerra Martins assevera que a tributação significa “a transferência compulsória de uma parcela da propriedade de alguém (em sentido amplo) para o Estado”⁴³¹.

A conciliação dessas garantias deve ser medida e limitada para evitar que uma se sobreponha à outra. A necessidade do Estado de captar recursos está limitada àquilo que a Constituição – mediante todos os limites impostos – garantiu como sendo direito fundamental da propriedade. Impedir a tributação de fatos anteriores à existência da norma, por exemplo – e exemplo específico relacionado a este trabalho –, é resultado da aplicação desses limites à tributação. Ainda sobre o assunto, Marcelo Guerra Martins aduz que:

redundar numa agressão à dignidade da pessoa humana” (MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, Propriedade e Igualdade Fiscal** (...) Op. cit., p. 146).

⁴³⁰ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário** (...). Op. cit., p. 535.

⁴³¹ MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, Propriedade** (...). Op. cit., p. 169.

[...] entrando em cena a ingerência coercitiva sobre direito fundamental, constitucionalmente previsto, é de todo rigor que essa operação seja levada a efeito conforme as estritas regras maiores, com destaque às limitações constitucionais sobre o poder de tributar, segundo previsões do art. 150 da Constituição de 1988 (legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade, vedação ao confisco, liberdade de tráfego e imunidades).⁴³²

Enquanto direito fundamental, reforça Roque Antônio Carrazza, o direito à propriedade – como desenhado pela Constituição – não está prescrito somente para ser reconhecido, mas para *ser concretamente efetivado*⁴³³.

Assim, os limites à tributação da propriedade privada trazem para o contribuinte a segurança necessária para usar e gozar do seu patrimônio da forma como melhor entender, tendo a certeza de em que medida a parcela desse seu patrimônio poderá ser entregue ao Estado e podendo prever quais as condutas, com critérios de espaço e tempo, que desencadearão a incidência tributária.

Negar o direito de o contribuinte saber, de antemão, como, quando e em que medida “perderá” seu patrimônio em favor do Estado implica negativa à própria livre-iniciativa – a liberdade de escolha para a realização de negócios jurídicos lícitos⁴³⁴. Nesse contexto, negar-se-ia a própria segurança jurídica das relações sociais de que esse contribuinte faz parte.

Neste tópico, partindo de tudo o que já foi dito sobre o direito à propriedade e a necessária observação aos limites à tributação, a modulação dos efeitos das decisões judiciais que impliquem mudança de entendimento anteriormente manifestado, mediante a aplicação de efeitos prospectivos à nova norma jurídica criada pelo precedente modificativo, é instrumento de garantia da propriedade privada. Instrumento este – repita-se – de concreta efetividade e essencial observância pelo intérprete autêntico, sempre que esse novo entendimento representar a retirada de parcela do patrimônio do contribuinte em medida superior àquela que se podia esperar com base na norma jurídica anterior, vigente no momento em que esse contribuinte tomou a liberdade de agir e praticar negócios jurídicos.

⁴³² MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, Propriedade** (...). Op. cit., p. 169.

⁴³³ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 463.

⁴³⁴ Fazendo uma relação entre os direitos fundamentais da propriedade, da liberdade (que contém a livre-iniciativa) e a dignidade da pessoa humana, Marcelo Guerra Martins chega à conclusão de que “*a proteção jurídica da propriedade sob o pálio da qualidade de direito fundamental, ainda que com certas limitações justificadas pelo interesse público, é medida que inibe a submissão do indivíduo aos desígnios alheios; é garantia para a sua liberdade de escolha e conseqüentemente conquista e manutenção da sua dignidade*” (MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, Propriedade** (...). Op. cit., p. 162-163).

Essa modulação – atribuição de efeitos prospectivos à norma jurídica resultante do processo de interpretação feito pelo intérprete autêntico, que implicou mudança de entendimento anteriormente manifestado – deve ser feita para impedir o nascimento de relação jurídica tributária que não era esperada e não se podia prever, como forma de garantia da segurança jurídica. Como já foi observado, o contribuinte não pode ser tributado em razão de decisões negociais tomadas no passado por normas jurídicas nascidas após a realização das atividades que corresponderam a tais decisões negociais.

A irretroatividade da nova norma jurídica, resultante da interpretação autêntica que resultou em mudança de entendimento anteriormente manifestado, impede, em última análise, a instauração de um estado de insegurança, tendo em vista a ausência de previsibilidade sobre a existência de tributação e a quebra de confiança legítima dos contribuintes em relação ao próprio intérprete autêntico, enfraquecendo, desse modo, a autoridade que lhe é intrínseca.

Discorrendo sobre a “sombra de juridicidade” – o que pode ser equiparado à “confiança legítima” –, o Ministro Herman Benjamin, em voto de vista proferido em julgamento no Superior Tribunal de Justiça, assim justificou a necessidade de atribuição de efeitos prospectivos:

É que o reconhecimento da “sombra de juridicidade”, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto.⁴³⁵

Ainda, é importante pontuar que a preocupação com o estabelecimento de um estado de confiança na administração tributária, em relação aos fatos a partir dos quais decorrem (ou podem decorrer) relações jurídicas tributárias, está materializada no próprio Código Tributário Nacional. O artigo 100, inciso III, da Lei nº 5.172/66 estabelece que *as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas* constituem normas que devem ser observadas pelos contribuintes, havendo, inclusive, o destaque expresso de que a observância dessas “práticas reiteradas” *exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo*.

⁴³⁵ Voto de vista proferido no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689/PR (página 76, de 117).

Esse dispositivo deixa claro que o contribuinte que agir segundo essas “práticas reiteradas” da administração tributária não será prejudicado, caso as autoridades fiscais venham a entender, no futuro, de maneira contrária. A importância desse dispositivo está na positividade da confiança legítima do contribuinte, neste caso específico, em relação às práticas reiteradas da administração tributária. Essa é a tradução expressa e positivada do que Alberto Xavier chamou de *princípio da confiança na lei fiscal*, corolário do princípio da moralidade administrativa e imposto pela segurança jurídica, traduzido, em suas palavras, “*na possibilidade dada ao contribuinte de conhecer e computar os seus encargos tributários com base direta e exclusivamente na lei* (norma, na leitura deste trabalho⁴³⁶)”⁴³⁷.

No mesmo sentido, baseando-se, também, na confiança legítima do contribuinte ante as manifestações e entendimentos proclamados pela Administração Tributária – manifestações sobre aquilo que o intérprete aplicado entende ser o direito, ou seja, a norma jurídica assim compreendida pelo intérprete aplicador –, o artigo 146 da Lei nº 5.172/66, como imposição da necessária proteção do patrimônio do contribuinte em razão da aplicação de normas jurídicas tributárias novas, prescreve que:

[...] a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

A mudança de “critérios jurídicos”, leia-se, a mudança de entendimento sobre a interpretação de determinado enunciado prescritivo ou, como aduz Hugo de Brito Machado, a mudança de “*uma interpretação entre as diversas que uma norma jurídica pode ter, sem que se possa razoavelmente cogitar de erro*”⁴³⁸, foi objeto de preocupação do legislador ordinário, decorrente da necessidade de preservar a confiança legítima do contribuinte, garantindo a segurança jurídica nas relações com a Administração Tributária.

Da mesma maneira e sob o mesmo fundamento, o artigo 2º, Parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/99 veda expressamente a aplicação retroativa de nova interpretação

⁴³⁶ No mesmo sentido defendido neste trabalho, Tércio Sampaio Ferraz Jr. explica que “*em nome da segurança jurídica, que exige certeza e confiança, não se pode, pois, restringir o princípio da irretroatividade à lei como mero enunciado, devendo compreender a lei como sua inteligência em determinado momento*” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 11).

⁴³⁷ XAVIER, Alberto. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. 1ª ed., São Paulo: RT, 1978. p. 46 [texto entre parênteses aditado, não constante no original].

⁴³⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2005. p. 125.

promovida pelas instâncias administrativas de julgamento, no âmbito da Administração Tributária⁴³⁹ – em clara e evidente expressão daquilo que se vem defendendo neste trabalho.

Com base nesse dispositivo, lembra Tércio Sampaio Ferraz Jr, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na sua atividade judicante, sempre que inaugura um entendimento novo “*o proclama só para casos futuros e deixa de aplicá-lo para casos anteriormente ocorridos, isto é, cuja ocorrência é anterior ao novo entendimento, inclusive o caso em julgamento*”⁴⁴⁰.

Essas diretrizes, positivadas e destinadas, a princípio, à Administração Tributária, em verdade nem sequer precisariam ser ditas, como o fazem as Leis nº(s) 5.172/66 e 9.784/99. A ideia que está por trás desses enunciados é a de proteção do patrimônio do contribuinte em relação a eventos que causem surpresa devido à inovação no entendimento até então corrente sobre a incidência tributária⁴⁴¹. Há uma clara vedação à retroatividade no tocante aos efeitos normativos decorrentes dos novos resultados interpretativos. Essa vedação é aplicável igualmente aos três poderes, não só ao Legislativo, não só ao Executivo, mas, inclusive e com maior ênfase, ao Poder Judiciário, considerando que dele sempre é esperada a última palavra sobre a interpretação normativa. Nesse sentido, comentando a doutrina de Misabel Derzi – para quem “*o que vale para o legislador precisa valer para a Administração e os Tribunais*” –, Hugo de Brito Machado afirma que o efeito normativo das decisões não pode retroagir, “*sejam elas do Legislativo, quando faz a lei, da Administração, quando adota um critério jurídico na interpretação e na aplicação destas, ou do Judiciário, quando também adota um critério jurídico na interpretação das normas que aplica*”⁴⁴². E conclui que a irretroatividade dos efeitos da modificação de “critérios jurídicos” também se aplica ao Poder Judiciário⁴⁴³,

⁴³⁹Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

⁴⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 9.

⁴⁴¹ Sobre o artigo 146 da Lei nº 5.172/66, Nelson Nery Júnior destaca que: “*diante da demonstração do direito positivo vigente no Brasil acerca da irretroatividade da nova interpretação de norma jurídica, extrai-se desse contexto que o direito brasileiro reafirma a incidência dos princípios constitucionais da segurança jurídica, solidariedade, legalidade e moralidade administrativa, dos quais a boa-fé objetiva é das manifestações mais preeminentes*” (NERY JUNIOR, Nelson. **Boa-fé objetiva e segurança jurídica** (...). Op. cit., p. 96-97).

⁴⁴² MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário** (...). Op. cit., p. 127.

⁴⁴³ Ibidem, p. 129.

pois “os fatos ocorridos antes da mudança devem ser tratados à luz da interpretação então adotada”⁴⁴⁴⁻⁴⁴⁵.

Do ponto de vista tributário, o patrimônio do contribuinte não pode ser diminuído em razão da realização de condutas passadas que foram descritas, de forma inovadora, na hipótese de incidência de uma norma jurídica nova. Essa irretroatividade assegura o extermínio das incertezas sobre qualquer eventual tributação de fatos passados.

A partir do momento em que o Estado indica as diretrizes para a incidência tributária – seja ele representado porque explicita os “critérios jurídicos” que devem ser adotados para a exigência tributária, seja ele representado por quem tem a prerrogativa de, por último, dizer quais devem ser essas diretrizes –, cria expectativas nos contribuintes; estes, em face da confiança que mantêm legitimamente nas instituições estatais, passam a agir e planejar segundo essas diretrizes. Desse modo, o Estado deve respeitar e preservar essa confiança, sendo seu dever garantir a irretroatividade de qualquer novo entendimento que implique cobrança inesperada de tributo.

Isso ficou claro no julgamento do Mandado de Segurança nº 4.772/DF, especialmente no voto do Ministro José Delgado:

No momento em que o Estado indicou um planejamento para a empresa e ela se constituiu com base nesse planejamento e efetuou o negócio jurídico onde vai incidir o imposto de importação, o Estado está obrigado a respeitar esse planejamento que ele impôs. [...] No momento em que a empresa começou naquele regime jurídico imposto pelo Estado, ela não pode ser tomada de surpresa, sob pena de desequilibrar o relacionamento que tem no mercado quanto àquele produto. (página 6 do arquivo “pdf” representativo do “inteiro teor do acórdão”)

Posição essa que também foi adotada pelo Ministro Milton Luiz Pereira, que concluiu ter havido um planejamento por parte do contribuinte, com base nas diretrizes dadas pelo próprio Estado, “portanto, com resultados abonados legalmente”. Menciona, ainda, que dentro das possibilidades de mudança de direcionamento, a autoridade deve observar que “o que era legal ontem para o contribuinte beneficiado, não se torne ilegal hoje”⁴⁴⁶ e “o que é

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 128.

⁴⁴⁵ No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr., tratando sobre o artigo 146 da Lei nº 5.172/66 e a irretroatividade da lei nova (norma), expõe que “*assim como fatos jurídicos pretéritos (mesmo quando não constituam atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos) são protegidos contra a retroatividade da lei nova, valendo a lei, à época, de regência, uma jurisprudência pretérita, de fato constante e longamente reiterada, há também de ser considerada para casos iniciados antes da nova orientação jurisprudencial*” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 15).

⁴⁴⁶ Página 13 do arquivo “pdf” representativo do “inteiro teor do acórdão”.

bom hoje não pode ser desdito no dia de amanhã para o contribuinte que planejou conforme lhe foi indicado”⁴⁴⁷.

Em face de tudo que já foi exposto, a irretroatividade da norma (no sentido a ela atribuído neste trabalho) jurídica tributária deve ser colocada no topo das regras que precisam ser observadas para assegurar o direito à propriedade, enquanto proteção ao patrimônio do contribuinte ante um inesperado novo entendimento sobre a incidência tributária.

Agindo como instrumento limitador do poder de tributar, a modulação dos efeitos das decisões que impliquem a alteração de entendimento e a introdução de novos “critérios jurídicos” (como consta no artigo 146, supracitado) deve ser adotada para afastar o receio de uma expropriação patrimonial súbita e retroativa.

4.6. O Superior Tribunal de Justiça também é intérprete autêntico

Ao longo do trabalho, muito se falou na figura do intérprete autêntico e nas decisões proferidas pelos tribunais superiores. Tais decisões, justamente por terem sido proferidas por esses tribunais, geram expectativas nos indivíduos, as quais são baseadas na confiança legítima que a sociedade como um todo deposita nessas instituições, especialmente em razão da prerrogativa, que a elas é dada, de dizer, por último, o que é o direito.

Viu-se que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, já há uma tendência de aceitação da aplicação de efeitos prospectivos às decisões que impliquem alteração jurisprudencial ou, no mínimo, há uma tendência em afirmar que não há necessidade de tentar aplicar por analogia eventuais dispositivos infraconstitucionais já existentes para que seja promovida a modulação dos efeitos de decisões; isso deve ser feito para garantir a segurança jurídica e evitar a quebra dessa confiança legítima que é refletida em suas próprias decisões.

Essa possibilidade de modulação de efeitos das decisões que representem alteração de entendimento anterior não é exclusiva, pois, do Supremo Tribunal Federal, até mesmo porque, como também foi visto, nessas situações não é o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 ou o artigo 4º da Lei nº 11.417/2006 que autorizam a aplicação de efeitos prospectivos⁴⁴⁸. Como

⁴⁴⁷ Página 14 do arquivo “pdf” representativo do “inteiro teor do acórdão”.

⁴⁴⁸ “Com efeito, a possibilidade de aplicação prospectiva da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional decorre do princípio da segurança jurídica. Logo, mesmo que inexistisse o art. 27 da Lei n. 9.869/99, ainda

dito, esses dispositivos, dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, tratam de hipóteses específicas e somente a elas devem ser aplicados. Isso não quer dizer que não possa haver modulação de efeitos em outras hipóteses, com o mesmo fundamento de proteção à segurança jurídica e em outros tribunais superiores, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça.

O que fundamenta a possibilidade de modulação dos efeitos de uma decisão (para atribuir a ela efeitos prospectivos) é a garantia da segurança jurídica que, como se vem defendendo neste trabalho, passa pela observação dos princípios da propriedade, liberdade e igualdade. A segurança jurídica, nesse passo, é o pano de fundo para a tomada de decisões sobre a aplicação de efeitos prospectivos às decisões que representam alteração de entendimento jurisprudencial já consagrado. Esse é o fundamento que embasa o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e o artigo 4º da Lei nº 11.417/2006. Entretanto, apesar de ter o mesmo fundamento, ou melhor, apesar de esses dispositivos legais positivados (enunciados prescritivos) protegerem o mesmo bem jurídico – a segurança jurídica, baseada na estabilidade das relações sociais, na preservação da confiança legítima, na previsibilidade e na certeza sobre as consequências advindas dos atos praticados pelos indivíduos –, elas estão postas no ordenamento para estabelecer procedimentos específicos para duas hipóteses específicas (vide subtítulos 4.3.2 e 4.3.3).

Isso não significa que a proteção ao referido bem jurídico (segurança jurídica) só deva ser materializada pelos tribunais nessas duas hipóteses específicas. Não se pode esperar que o legislador parlamentar edite enunciados prescritivos aplicáveis a todas as situações em que houver perigo de lesão ao bem jurídico a ser protegido. Até mesmo porque é impossível prever, na totalidade, as hipóteses em que ele será posto em perigo. O papel do Poder Judiciário, ao tratar de um bem jurídico tão fundamental como é a segurança jurídica, é o de tentar assegurar o seu cumprimento sempre que ela estiver em risco.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. sugere o mecanismo da *indução amplificadora* como fundamento para que o Poder Judiciário – este autor estuda especificamente a possibilidade de aplicação da modulação dos efeitos de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça – possa atribuir efeitos prospectivos às suas decisões. Vale dizer, a *indução amplificadora* é

assim o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, teria o poder/dever de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir a partir de que momento esta teria eficácia. Tal se dá, a nosso ver, na mudança abrupta da jurisprudência do próprio Pretório Excelso, com repercussões seja no Erário, seja no patrimônio de grande número de empresas” (CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal (...). Op. cit., p. 67).

*“aquela em que a relação formulada pela proposição induzida se aplica a todos os termos de uma classe, em número finito ou indefinido, ao passo que esta relação só foi afirmada apenas de alguns entre eles pelas proposições indutoras”*⁴⁴⁹. Ainda segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., *“o raciocínio ampliativo (...) não se limita à preservação da verdade das premissas na conclusão, mas busca novas informações a partir das premissas, com base em certos parâmetros de coerência”*⁴⁵⁰.

O uso desse mecanismo se faz em razão da ausência de enunciado prescritivo específico que trate da modulação dos efeitos das decisões do Superior Tribunal de Justiça, especialmente na hipótese de mudança de entendimento jurisprudencial consolidado. Nessa situação, ao intérprete autêntico é permitido extrair, por indução, o axioma predominantemente a partir de um conjunto de regras e princípios ou a partir de enunciados prescritivos que também asseguram a preservação de um mesmo bem jurídico, mas que digam respeito a outras situações. Assim o fez o Ministro Herman Benjamin, no voto de vista proferido no julgamento dos Embargos de Divergência, no Recurso Especial nº 738.689/PR. Na oportunidade, o referido Ministro apresentou importante voto para a aplicação de modulação de efeitos da decisão que estava para ser proferida, em razão da alteração jurisprudencial. Especialmente sobre a necessidade de aplicação análoga ou não do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, o Ministro pontuou que:

[...] não se trata aqui exatamente de aplicar por analogia a citada legislação federal aos julgamentos proferidos pelo STJ, mas sim de tomar por empréstimo o fundamento que deu ensejo à sua produção, qual seja o princípio da segurança jurídica. (...) Repito que não se trata de, simplesmente, aplicar-se as normas veiculadas pelas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, por analogia, mas sim de adotar como válidos e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, independentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo STF quanto pelo STJ. (páginas 76 e 77, de 117)

A modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei – que vinha sendo aplicada até o momento dessa declaração (artigo 27 da Lei nº 9.868/99) – e a modulação em relação ao início da eficácia da súmula vinculante (artigo 4º da Lei nº 11.417/2006) são mecanismos que visam afastar um estado de instabilidade, preservando, em contrapartida, um estado de segurança jurídica.

⁴⁴⁹ LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 560.

⁴⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 24.

Esse mecanismo de modulação dos efeitos de decisões também já é aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em outras hipóteses, especialmente, vale mencionar, quando da declaração, em controle difuso⁴⁵¹, da inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91⁴⁵². Após a declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos, o Supremo Tribunal Federal atribuiu efeitos prospectivos à sua decisão, “*tendo em vista a repercussão e a insegurança que se pode ter na hipótese*”, como afirmou o Ministro Gilmar Mendes (voto dado nos autos do RE nº 566.664-1).

Vê-se que a modulação dos efeitos das decisões é mecanismo que vem sendo usado para garantir a manutenção de um estado de segurança. Sempre que é realizada, tem como justificativa evitar a instabilidade das relações jurídicas. A segurança jurídica é o princípio comum que está por trás de todas as situações pertinentes à modulação dos efeitos de decisões. A partir dessas situações, pela *indução amplificadora*, é possível concluir que a modulação dos efeitos das decisões é um mecanismo que deve ser usado pelos tribunais superiores sempre que a adoção de um posicionamento definitivo sobre determinada matéria – aquela de sua competência – coloque em risco a estabilidade e a segurança das relações jurídicas. Sabe-se, já foi bastante dito, a segurança jurídica deve ser alcançada sempre, e em maior grau possível, por todas as decisões do intérprete autêntico. De acordo com a *indução amplificadora* aqui retratada⁴⁵³, sempre que a eficácia das decisões estiver impedindo a consagração de um estado de segurança, *e.g.*, alteração jurisprudencial, o Poder Judiciário pode lançar mão do mecanismo de modulação de efeitos de suas decisões para garantir a estabilidade. Os tribunais superiores:

[...] pela imensa responsabilidade que têm, como últimos intérpretes das normas jurídicas, quando alteram sua jurisprudência devem ter o cuidado de evitar que a guinada surpreenda todo um universo de pessoas, trazendo são

⁴⁵¹ Sobre a aplicação da modulação dos efeitos das decisões, quando em controle difuso de constitucionalidade, Roque Antônio Carrazza escreve que “*sempre com apoio no princípio da segurança jurídica, estamos convencidos de que também no controle difuso de constitucionalidade o STF detém a aptidão para, na salvaguarda dos princípios constitucionais, máxime o da segurança jurídica, apontar a prospectividade, evitando, assim, a fulminante e por vezes formidável eficácia ‘ex tunc’*” (CARRAZZA, Roque Antônio. **Segurança jurídica e eficácia temporal** (...). Op. cit., p. 67).

⁴⁵² Recursos Extraordinários 566.664-1, 559.882-9, 560.626-1 e 559.943-4, em sessão do dia 12/6/2008.

⁴⁵³ Tércio Sampaio Ferraz Jr. explica que “*a indução amplificadora começa pela comparação entre as factispecies, para descobrir o princípio jurídico em que são baseados os critérios utilizados pela lei existente. O que se aplica, então, é o princípio encontrado, donde a utilização dos critérios que nele se fundam para as situações presididas pelo mesmo princípio. Na indução amplificadora, não há a obtenção de uma regra mediante generalização, mas o encontro de um princípio vigente. O fundamento da indução amplificadora não é uma semelhança empírica (juízo sintético), mas a percepção de uma ordem coerente (juízo abduativo)*” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Irretroatividade e Jurisprudência Judicial**. (...) Op. cit., p. 25).

só enorme insegurança nas relações sociais, como o descrédito do próprio Poder Judiciário.⁴⁵⁴

No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior escreve que:

[...] quando houver superveniência de decisão do tribunal superior sobre determinado assunto, alterando jurisprudência anterior do mesmo tribunal em sentido diverso, os efeitos dessa nova decisão terão de ser necessariamente *ex nunc*, isto é, para o futuro. Somente assim será preservado o respeito à Constituição Federal, porque se estará dando guarida aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.⁴⁵⁵

Nesse contexto, considerado que o Superior Tribunal de Justiça também é intérprete autêntico – é dele a última palavra sobre o que é o direito, notada e especialmente, quando ele assume a posição de guardião do ordenamento infraconstitucional, federal (artigo 105 da Constituição Federal⁴⁵⁶) –, é certo que suas decisões, quando implicarem risco de

⁴⁵⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. **Segurança jurídica e eficácia temporal** (...). Op. cit., p. 59.

⁴⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Boa-fé objetiva e segurança jurídica** (...). Op. cit., p. 97-98.

⁴⁵⁶ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

instabilidade e insegurança, devem ter seus efeitos modulados a fim de aniquilar ou minimizar esse risco. Assim também entendeu o Ministro Herman Benjamin, segundo quem:

[...] também no âmbito do STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica.⁴⁵⁷

Adotando esse posicionamento e com base nos fundamentos defendidos neste trabalho, Roque Antônio Carrazza, indagado sobre a possibilidade de todos os tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar e Tribunal Superior Eleitoral) adotarem o mecanismo da modulação dos efeitos das decisões, quando da mudança de entendimento consolidado, responde afirmativamente, “*em que pese a inexistência de autorização em meio técnico-processual expresso*”, e o faz com fundamento no fato de que “*sempre o autoaplicável princípio constitucional da segurança jurídica impõe a fixação do período de transição*”⁴⁵⁸ (da antiga para a nova jurisprudência).

O referido autor, ao final do seu estudo, conclui que:

Todas as linhas de argumentação desenvolvidas levam à insofismável conclusão de que, no ordenamento jurídico brasileiro, não existem óbices, mas, pelo contrário, prevalecem relevantes princípios jurídicos, no sentido de que qualquer Tribunal Superior, ao alterar sua jurisprudência consolidada, mais do que a faculdade, tem o inafastável dever de limitar os efeitos temporais da nova orientação, preservando fatos ou situações ocorridos sob a égide da orientação anterior, bastando, para tanto, que estejam presentes “razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social” (art. 27, in fine, da Lei n. 9.868/1999), sopesáveis caso a caso.⁴⁵⁹

Nelson Nery Júnior também se filia à tese de que os tribunais superiores têm o poder/dever de aplicar modulação de efeitos às suas decisões quando da alteração no resultado interpretativo sobre determinado enunciado prescritivo – alteração de posicionamento jurisprudencial –, mudança do sentido da norma jurídica extraída de determinado texto de lei. Para tanto, anota que são três os requisitos⁴⁶⁰ que fundamentam a tomada de decisão com efeitos prospectivos: (i) segurança jurídica; (ii) boa-fé do Poder Público (Executivo,

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁴⁵⁷ Voto de vista proferido no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689/PR (página 76, de 117).

⁴⁵⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. **Segurança jurídica e eficácia temporal**(...). Op. cit., p. 68.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 70.

⁴⁶⁰ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Boa-fé objetiva e segurança jurídica** (...). Op. cit., p. 104.

Legislativo e Judiciário) e do administrado/contribuinte/jurisdicionado⁴⁶¹; e (iii) irretroatividade “do direito que não pode atingir situações consolidadas, oriundas da prática de atos conforme o sistema anterior (legal ou jurisprudencial) até então hígido e sem mácula”⁴⁶².

Desse modo, ao aplicar um novo entendimento jurisdicional, afastando-se do entendimento anteriormente pacificado, deve, também o Superior Tribunal de Justiça – assim como todos os tribunais superiores –, nas matérias que lhe competem, adotar a modulação prospectiva dos efeitos da respectiva decisão⁴⁶³.

4.7. Alteração, pelo STF, de entendimento “maduro” do STJ

O Supremo Tribunal Federal, por competência outorgada pela Constituição Federal, pode ser definido – e assim o é – como o “guardião da Constituição”. O artigo 103 da CF prescreve que “*compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”. É aquele que tem, por finalidade principal, o dever de garantir a efetividade em última instância, e dando a última palavra, às normas constitucionais.

Sendo do STF a última palavra em matéria constitucional e tendo, como já dito, todos aqueles que interpretam o direito, o dever de garantir a efetividade das regras e princípios constitucionais, deve-se perquirir, neste tópico, a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos às decisões proferidas por esta Corte Constitucional quando divergirem de entendimento anterior manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça (ou por um dos demais tribunais superiores) que possa ser qualificado como “maduro”.

Tem-se como premissa a existência de um entendimento “maduro”, ou seja, de um entendimento baseado em precedentes relativamente vinculantes ou persuasivos, em relação aos quais há um elevado grau de certeza sobre o sentido que deve ser atribuído a determinado

⁴⁶¹ O citado autor anota que a boa-fé é daquele “que agiu de acordo com o que estava prescrito na lei até então vigente ou na jurisprudência até então dominante e não pode ser apenado com solução detrimetosa que atinja sua esfera jurídica” (Ibidem, p., 104)

⁴⁶² Ibidem, p., 104.

⁴⁶³ Essa também foi a conclusão do Ministro Herman Benjamin, no voto de vista dado no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689/PR: “parece-me evidente, portanto, a necessidade de se preservar a segurança jurídica, refletida na expectativa dos jurisdicionados quanto à aplicação, aos seus próprios casos, do entendimento pacificado pelo STJ” (página 80, de 117).

texto normativo, de modo a gerar previsibilidade, estabilidade e confiança legítima para os contribuintes.

Nesse contexto, a decisão da Corte Constitucional que representar a alteração de um entendimento consolidado nos tribunais superiores também deve, sob o fundamento de dar efetividade à segurança jurídica e a todas as regras e princípios constitucionais que a sustenta, ter os seus efeitos modulados para o futuro.

O STF se deparou com essa questão no julgamento do RE nº 377.457. Aqueles que lidam com direito tributário, especialmente os advogados (porquanto contribuintes nesta situação), lembram bem desse julgamento. Como matéria de mérito, a discussão girou em torno da (in)constitucionalidade do instrumento normativo que prescreveu a revogação da isenção da Contribuição COFINS devida pelas sociedades uniprofissionais⁴⁶⁴.

Sobre o tema, havia inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça – das duas turmas competentes para julgamento de matérias de Direito Público e pela Primeira Seção – e, inclusive, havia Súmula (registrada sob o nº 276⁴⁶⁵) no sentido de que as sociedades uniprofissionais eram isentas da Contribuição COFINS, não tendo havido revogação do artigo 6º da LC nº 70/91 pelo artigo 56 da Lei nº 9.430/1996.

Baseados nessa jurisprudência – nesse claro entendimento “maduro” –, muitos contribuintes, de forma legítima, confiaram na manutenção da isenção, mesmo depois da edição do artigo 56 da Lei nº 9.430/1996, de modo a deixar de recolher e questionar judicialmente qualquer exigência (inclusive, preventivamente) por parte das autoridades fiscais federais.

Ao final do julgamento do RE nº 377.457, entretanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do artigo 56 da Lei nº 9.430/1996 e, conseqüentemente, pela revogação da isenção relativamente à incidência da Contribuição COFINS, alterando, diametralmente, o sentido dado ao referido dispositivo pelo intérprete: *houve a revogação*.

Se houve revogação, a isenção (desoneração tributária) que até então era tida como certa, com base legitimamente na confiança que se tinha nas decisões proferidas pelo STJ,

⁴⁶⁴ A questão técnica estava restrita à possibilidade de revogação de uma norma (isenção) veiculada mediante lei complementar (LC 70/91) por uma norma veiculada por lei ordinária (Lei nº 9.430/96), notadamente considerando que a matéria legislada não exigia nenhum tipo de processo legislativo qualificado.

⁴⁶⁵ “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado” (no julgamento do AR 3.761-PR, na sessão de 12/11/2008, a Primeira Seção deliberou pelo cancelamento desta, o que aconteceu após o julgamento do RE nº 377.457).

deixou de existir e, conseqüentemente, o tributo passou a ser entendido como devido. Essa é uma situação que representa bem tudo aquilo que vem sendo defendido neste trabalho: houve a alteração de um entendimento “maduro”, manifestado e consolidado pelo intérprete autêntico, que representou a oneração tributária do patrimônio dos contribuintes. Eis a situação fática relevante para dar início à discussão sobre a aplicação de efeitos prospectivos à decisão do STF que entendeu pela revogação da isenção tributária.

O tema foi pauta de uma *questão de ordem* durante o julgamento. Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que não se tratou de hipótese de alteração de entendimento consolidado, porquanto não havia entendimento consolidado, já que o Supremo Tribunal Federal discutira a questão – sem definição – em concomitância com o STJ. Além disso, usou a doutrina (intérprete científico) para justificar que não havia entendimento consolidado, uma vez que a doutrina seria contrária ao entendimento manifestado pelo STJ⁴⁶⁶.

O Ministro Menezes Direito, em sentido contrário, destacou a necessidade extrema de modulação dos efeitos da decisão, tendo lembrado o voto do Ministro Ricardo Lewandowski proferido no julgamento do RE nº 353.657-5/PR (já mencionado). O Ministro Menezes Direito mostrou clara preocupação com as conseqüências dessa decisão (pela revogação da isenção), “*no tocante às pessoas atingidas, porque se nós não admitirmos essa possibilidade teórica de aplicar a analogia para determinar a modulação dos efeitos, nós podemos ter uma execução em cascata que pode gerar uma consequência extremamente gravosa*” (fls. 1.892).

A Ministra Cármen Lúcia entendeu pela não modulação, por julgar que não havia entendimento que pudesse ser tido como “consolidado”. Destacou que a atribuição de efeitos prospectivos é decisão que demanda “*a excepcionalidade da situação*” e “*a possibilidade de insegurança jurídica, quando se encaminhava a sociedade a acreditar numa jurisprudência num determinado sentido*” (fls. 1.893). Após essa manifestação, o Ministro Menezes pediu a palavra e assinalou:

⁴⁶⁶ Em suas palavras, “*Na verdade, manifesto-me no sentido de não acolher o pedido de modulação. Entendo que a matéria já era jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – aí temos essas divergências já na ADC. (...) E também temos uma doutrina bastante rica, nessa perspectiva, a partir do nosso clássico e saudoso Geraldo Ataliba, quanto à lei complementar, quando dizia que não havia essa ontologia da lei complementar, mas era preciso que a Constituição assim definisse, portanto, se houvesse, de alguma forma, um excesso legislativo abarcando matérias que não comportavam esse conceito. E me parece que essa é a dogmática mais compatível com a sistemática em geral. De modo que me manifesto no sentido contrário à modulação*” (fls. 1.890).

É que eu estou considerando que esta matéria foi posta no plano infraconstitucional, reiteradamente, perante o Superior Tribunal de Justiça. E perante o Superior Tribunal de Justiça, a matéria foi assentada em sentido exatamente oposto àquele que nós estamos julgando agora, ou seja, numa palavra, essa diferença de posições entre o que foi assentado no plano infraconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça – e não é de hoje, é de muito tempo – e o que está sendo decidido neste momento, considerando que não houve decisão anterior, pode ter havido uma indicação, um indício, mas não houve, pode gerar, e aí é a sustentação que faço, uma insegurança jurídica e consequências terrificantes, porque as pessoas que vão ser atingidas com essa decisão, é preciso considerar, não são grandes contribuintes; são pequenos contribuintes. (fls. 1.893 e 1.894).

Nesse caso, a existência (ou não) de uma *confiança legítima dos contribuintes* em face da discussão sobre a existência (ou não) de entendimento jurisprudencial consolidado foi matéria levantada por vários dos Ministros que participaram da votação. E, independentemente, do resultado do julgamento – não ocorreu modulação –, houve o debate claro e a consideração evidente de que a confiança legítima dos contribuintes merece atenção nas situações em que há efetivamente mudança de entendimento jurisprudencial.

Trataram sobre a *confiança legítima dos contribuintes*, apesar de terem negado a possibilidade de modulação neste caso concreto, mencionando, inclusive, a expressão “confiança”, os Ministros Carlos Britto⁴⁶⁷ e Cezar Peluso⁴⁶⁸.

Levantando o argumento da oneração tributária, inesperada segundo a expectativa, legítima, dos contribuintes na certeza da isenção, o Ministro Celso de Mello destacou os dados sobre o tempo e a quantidade de precedentes do STJ, bem como os dados sobre a data da Súmula nº 276. Concluiu que isso

[...] coloca em pauta a questão relevantíssima da segurança jurídica, que há de prevalecer nas relações entre o Estado e o contribuinte, em ordem que as justas expectativas deste não sejam frustradas por atuação inesperada do Poder Público, como sucederia em situações, como a ora em exame, em que se registra clara ruptura de paradigmas, com a prolação de decisão que evidentemente onera a esfera jurídico do sujeito passivo da obrigação tributária. (fls. 1.906)

Após esse pronunciamento, os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto alteraram os seus votos para acompanhar a divergência e permitir a modulação. O principal motivo para a retificação desses votos foram os argumentos levantados pelo Ministro Celso

⁴⁶⁷“(…) neste caso, a confiança do contribuinte não chegou a ser abalada” (fls. 1.900).

⁴⁶⁸“(…) não vi densidade jurídica que justificasse uma confiança dos contribuintes a respeito dessa tese” (fls. 1.903).

de Mello, especialmente quando destacou a força relativamente vinculante da Súmula nº 276.

Para ele, a súmula

[...] desempenha [...], enquanto método de trabalho, várias significativas funções, pois, como se sabe, o enunciado sumular (a) confere maior estabilidade à jurisprudência predominante dos Tribunais; (b) atua como instrumento de referência oficial dos precedentes jurisprudenciais nele compendiados; (c) acelera o julgamento das causas e (d) evita julgados contraditórios. Daí o alto significado jurídico e social que resulta da formulação sumular, pois, além de encerrar um resultado paradigmático pertinente a decisões judiciais futuras, em torno da mesma controvérsia, dá concreção às múltiplas funções que são inerentes à súmula da jurisprudência predominante dos Tribunais: função da segurança jurídica, função da orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória [...]. (fls. 1.908-1.909).

Esse julgamento também serve de exemplo para mostrar que, independentemente do resultado final (se há procedência ou improcedência em relação à questão de ordem levantada para modulação dos efeitos da decisão, notadamente para aplicação dos efeitos prospectivos), os Ministros do Supremo Tribunal Federal, investidos na posição de intérpretes autênticos e guardiões da Constituição Federal, mostram real preocupação com as consequências negativas que uma decisão tendente a alterar entendimento anteriormente manifestado pode causar na finalidade de preservação da segurança das relações jurídicas.

Mesmo que o entendimento “maduro” tenha como fonte de prolação um dos tribunais superiores, o Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa – e o dever – de aplicar efeitos prospectivos às suas próprias decisões que contrariem aquele entendimento anterior, especialmente no presente caso, em que a alteração jurisprudencial implicou oneração tributária legitimamente inesperada.

Essa Corte Constitucional, tendo o dever de dar efetividade à Constituição Federal, não pode relativizar os graves efeitos que a mudança de um entendimento consolidado acarreta na esfera patrimonial dos contribuintes. No exercício dessa função (efetividade da Constituição), o STF deve (i) conferir previsibilidade às decisões futuras, (ii) atribuir estabilidade às relações jurídicas tidas durante o entendimento manifestado e consolidado pelo intérprete autêntico, (iii) gerar certeza em relação às consequências jurídicas advindas das condutas tidas de acordo com esse entendimento consolidado e (iv) preservar a confiança dos contribuintes no Estado de Direito.

A revisão da jurisprudência consolidada implica ruptura de paradigmas que orientaram os contribuintes; é situação que exige da Suprema Corte, tendo (ou não) os

precedentes sido consolidados por ela, a atribuição de efeitos prospectivos aos novos “critérios jurídicos” estabelecidos no momento da alteração, os quais significam a oneração tributária do patrimônio do contribuinte.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello anotou que “*o postulado da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão nas ações do Estado representam diretrizes constitucionais a que o Supremo Tribunal Federal, em contexto como o que ora se apresenta, não pode permanecer indiferente*” (fls. 1.910). E vai além, pois afirma que a ruptura de paradigma jurisprudencial “*impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica*” (fls. 1.911).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal também deve ser atento às consequências danosas da mudança de entendimento, ainda que tal entendimento tenha sido consolidado por um dos tribunais superiores, decidindo pela modulação dos efeitos das decisões, em nome da segurança jurídica.

4.8. É possível falar em uma hipótese de incidência da norma jurídica que ordena a aplicação de efeitos prospectivos às decisões?

Do que até aqui foi dito, já se pode chegar à conclusão de que é mandatória a aplicação de modulação dos efeitos de decisões judiciais sempre que os seus respectivos efeitos ordinários gerem um estado de insegurança jurídica.

Quando se trata de decisão judicial que altera entendimento consolidado e reconhece uma relação jurídica tributária, o risco de criação de um estado de insegurança é latente, sobretudo levando em conta a relação existente entre o direito de propriedade do contribuinte e o poder/dever de tributar do Estado.

Nessa circunstância, é dever do intérprete autêntico, ao aplicar o direito que entende ser o correto em determinada situação, garantir que a segurança jurídica, enquanto princípio fundamental e norteador do Estado de Direito, seja preservada. O intérprete autêntico sempre deve funcionar como um *intérprete constitucional*, independentemente das matérias que são

de sua competência, compromissado com a efetividade da Constituição. Escreve Luís Roberto Barroso:

[...] o intérprete constitucional deve ter o compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.⁴⁶⁹

A *efetividade da Constituição*, nesse caso – atribuição de efeitos prospectivos às decisões que alteram entendimento anteriormente manifestados –, está atrelada à necessidade de preservação dos valores carregados pelo princípio da segurança jurídica, *e.g.*, estabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade, para alcance de uma das suas finalidades constitucionais, qual seja a proteção da confiança legitimamente depositada naqueles a quem o próprio sistema atribui a prerrogativa de dizer, por último, o que é o direito⁴⁷⁰.

Esse fim e a preservação dos valores carregados pela segurança jurídica devem ser alcançados por diferentes meios; um deles – o que melhor se ajusta à situação posta em discussão – é o da modulação prospectiva dos efeitos da decisão que altera entendimento anteriormente consolidado e cria ou majora o ônus tributário dos contribuintes.

Sobre a pergunta do tópico, em resposta, prefere-se não estabelecer uma hipótese de incidência com critérios bem definidos, como tal instituto exige, para aplicação de efeitos prospectivos às decisões. Isso acabaria por reduzir numa só, por mais amplo que possam ser os critérios descritivos dos fatos contidos nessa eventual hipótese de incidência, as mais variadas, incalculáveis e até impensáveis situações em que a mudança de entendimento jurisprudencial trará riscos à manutenção da segurança jurídica.

Entretanto, sem a intenção engessar as possibilidades de aplicação dos efeitos prospectivos às decisões que representam mudança de entendimento jurisprudencial – ou, como vem sendo mencionado neste trabalho, às decisões que refletem resultados interpretativos diferentes daqueles manifestados anteriormente e sobre os quais foi possível estabelecer um alto grau de estabilidade, previsibilidade e confiança legítima –, é possível

⁴⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional (...)**. Op. cit., p. 329.

⁴⁷⁰ Vale ainda a referência a Luís Roberto Barroso, segundo quem “*uma manifestação do princípio da segurança jurídica que se desenvolveu na doutrina e na jurisprudência recentes foi a proteção da confiança, destinada a tutelar expectativas legítimas e a preservar efeitos de atos inválidos, presentes determinadas circunstâncias. Com base nela, o STF tem admitido não dar efeito retroativo à declaração de inconstitucionalidade, bem como tem preservado os efeitos de atos que, ainda quando inválidos, permanecem em vigor por tempo suficiente para tornar irrazoável o seu desfazimento*” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional (...)**. Op. cit., p. 350/351).

estabelecer algumas circunstâncias que devem ser observadas pelo intérprete autêntico para garantir a efetividade⁴⁷¹ do princípio da segurança jurídica.

Em primeiro lugar, menciona-se a *situação fática* que fará o intérprete autêntico perquirir sobre a necessidade de aplicação de efeitos prospectivos às duas decisões. Depois, é preciso estabelecer *premissas* que funcionarão, como o próprio nome sugere, como ponto de partida. E, por fim, o *fundamento jurídico* norteador que permitirá a passagem das premissas à conclusão.

A situação fática reside na alteração de entendimento anteriormente manifestado com uma conseqüente imposição tributária nova ou maior do que aquela que poderia ser prevista de acordo com o entendimento superado. Mas não é qualquer entendimento derivado de qualquer decisão judicial. A situação fática, aqui, deve ser composta pela alteração de entendimento anterior que se enquadre em alguma das espécies conceituais de precedentes obrigatórios (ou vinculantes), relativamente obrigatórios (ou relativamente vinculantes) ou persuasivos. Estes, como demonstrado no subtópico 2.6.3 – acerca do “Fluxo de Uniformização” para estabelecer critérios objetivos na determinação da maturidade dos resultados interpretativos autênticos –, são considerados como maduros, pois refletem um alto grau de certeza em relação à norma jurídica que deve aplicada aos casos semelhantes.

Roque Antônio Carrazza, sobre o critério que autoriza a aplicação de efeitos prospectivos, diz que “*a decisão que muda, alterando radicalmente posição sedimentada do próprio Tribunal, deve, dependendo do caso, ser dotada de eficácia apenas futura*”⁴⁷².

As premissas estão relacionadas à situação fática. Havendo entendimento anterior que possa ser qualificado como “maduro”, de acordo com os critérios estabelecidos, há a idealização de um núcleo estável de normas jurídicas, como já dito, representativo da certeza em relação ao sentido que deve ser atribuído a determinado texto normativo, de modo a gerar previsibilidade, estabilidade e confiança legítima, todos atributos orientadores das condutas dos contribuintes. Nesse contexto, a alteração do entendimento manifestado pelo intérprete autêntico sempre apresentará um grau de risco à segurança jurídica, menor ou maior, a depender da situação concreta que, sob julgamento, deu origem ao novo entendimento.

⁴⁷¹ Sobre a *efetividade*, Luís Roberto Barroso explica que “*significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social*” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Op. cit., p. 375).

⁴⁷² CARRAZZA, Roque Antônio. **Segurança jurídica e eficácia temporal** (...). Op. cit., p. 58.

Diante dessas circunstâncias, o *fundamento jurídico* norteador para alcançar a conclusão de que se faz necessário a modulação dos efeitos da decisão está na garantia da segurança jurídica; esta deverá ser alcançada por meio daquilo que se chamou de “percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica” – mecanismo que visa dar efetividade à segurança jurídica (vide subtópico 3.3.4, acima).

Deve-se dizer que o que mais importa não é passagem das premissas às conclusões, como se fosse uma decorrência lógica e previsível. Na construção de sentido da norma de modulação, o intérprete autêntico precisa justificar as circunstâncias que fazem desse meio de garantia da segurança jurídica (modulação, mediante atribuição de efeitos prospectivos), em sua concepção, aquele adequado à *situação fática* determinada. Chaïm Perelman lembra que o mais importante é “*a forma pela qual o juiz justifica suas premissas (...) essa justificação não consiste em uma demonstração formalmente correta, mas em um argumento guiado pelas regras de aplicação jurídica*”⁴⁷³.

É preciso, também, tomar cuidado com a utilização da argumentação pela proteção da *segurança jurídica* como uma forma de justificar todas as decisões, segundo a conveniência política, econômica, social que cada situação demonstra, sem olhar, propriamente, para a necessidade de consagração daqueles princípios que se chamou de “pilares” para proteção da confiança legítima dos contribuintes (igualdade, propriedade e liberdade).

O argumento *segurança jurídica* não pode ser banalizado. No caso disso acontecer, o efeito seria contrário, qual seja, *insegurança jurídica*. Nesse tocante, Tathiane Piscitelli alerta que esse efeito contrário acontece quando se usa o argumento *segurança jurídica* como “*‘coringa’ que se amolda a quase todas as decisões tributárias e que, de todo modo, pretende minimizar supostos efeitos ‘danosos’ que a decisão em sentido contrário produziria*”⁴⁷⁴.

Desse modo, a justificação do intérprete autêntico deve ser motivada pela necessidade de aplicação da regra da irretroatividade, também de natureza constitucional (e.g., artigo 5º, inciso XXXVI), ao novo entendimento manifestado – à nova norma jurídica –,

⁴⁷³ PERELMAN, Chaïm. **Justice, Law, and Argument –Essays in Moral and Legal Reasoning**. Trad. Vários. Netherlands: D. Reidel Publishing Company, 1980 *Apud* PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas Consequências no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011/2012. No original: “(...) the way the judge justifies his premises (...) This justification does not consist in a formally correct demonstration, but in an argument guided by rules of legal application”.

⁴⁷⁴ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas Consequências** (...). Op. cit., p. 115.

especial e notadamente, se as consequências refletidas a partida da sua decisão, tiver alcance na desapropriação do patrimônio do contribuinte, de maneira contrária àquilo que se entendia por correto até aquele momento. A justificação pelo argumento da preservação da *segurança jurídica* deve, pois, ser pautado na efetividade da regra da irretroatividade. E, de igual modo, na consagração dos princípios da liberdade, da propriedade e da igualdade, o que terá como consequência, a preservação dos ideais de confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade, os quais orientaram as condutas dos contribuintes que, legitimamente, confiaram naquele que tem a última palavra para dizer o que é o direito. Por isso, Roque Antônio Carrazza afirma que a aplicação e os efeitos prospectivos constituem medida que se faz necessária, “*sob pena de comprometer-se a segurança jurídica, destruindo-se a confiança dos jurisdicionados no Poder Judiciário*”⁴⁷⁵.

Dar efetividade à irretroatividade implica, sempre, em qualquer situação, a atribuição de efeitos *prospectivos* à norma nova que cria ou aumenta tributos, preservando intocáveis as relações jurídicas que se orientaram pela norma antiga. Essa é a justificação que merece acolhida sob a rubrica de garantia da *segurança jurídica*.

Todos esses apontamentos são próprios da *argumentação jurídica* que deve sempre ser desenvolvida, por dever de ofício, pelo intérprete autêntico. Luís Roberto Barroso, tratando da argumentação jurídica, aponta três parâmetros essenciais, são eles: (i) a necessidade de fundamentação normativa (ainda que a partir de fundamentos normativos implícitos); (ii) a necessidade de respeito à integridade do sistema; e (iii) o peso a ser dado às consequências concretas das decisões.

Segundo o autor, o intérprete (i.a) deve respeito às “*deliberações majoritárias positivadas em um texto normativo*” e aos “*conceitos e categorias compartilhados pela doutrina e pela jurisprudência*”⁴⁷⁶; (ii.a) “*deve preservar a integridade do sistema*”⁴⁷⁷ (sentido de coerência da ordem jurídica); e (iii.a) “*não pode perder-se do mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação*”⁴⁷⁸. Por fim, conclui que a atividade do intérprete, aqui chamado de autêntico, deve envolver “*um*

⁴⁷⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. **Segurança jurídica e eficácia temporal** (...). Op. cit., p. 58.

⁴⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional** (...). Op. cit., p. 360.

⁴⁷⁷ Ibidem, p. 369.

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 370.

equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo) ”⁴⁷⁹.

Isso justifica o fato de ser mandatária a modulação dos efeitos de uma decisão, notadamente pela aplicação de efeitos para o futuro, prospectivos, sempre que houver risco de quebra da confiança legítima dos jurisdicionados e, conseqüentemente, de todos os valores carregados pelo princípio da segurança jurídica. Não há uma só hipótese de incidência. A identificação da necessidade (ou não) de atribuição de efeitos prospectivos é casuística. Entretanto, frise-se, sempre nas situações que representarem mudança de entendimento jurisprudencial, nos termos e limites apresentados até aqui, haverá a necessidade de modulação dos efeitos da decisão, em menor ou maior grau, a depender de cada situação apreciada pelo intérprete autêntico.

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 370.

CONCLUSÕES

OBJETO DO ESTUDO: O TEXTO E O PROCESSO DE CRIAÇÃO; A NORMA E O PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO (Capítulo 1)

1. O direito, seja o intérprete adepto de uma teoria positivista ou realista, é objeto cultural e está inserido no sistema social. É formado pelo conjunto das normas jurídicas dirigidas à regulação das condutas humanas;

2. O direito não nasce exclusivamente do Poder Legislativo (como quer o positivismo extremo), nem é produto da atividade única do juiz (como quer o realismo extremo). Os processos de criação do direito e a interpretação dos textos legais sofrem influências externas dos demais sistemas sociais. As normas jurídicas, enquanto resultado da interpretação, não são criadas por quem as interpreta; este as reconhece a partir da assimilação dos textos da lei;

3. O direito é criado por todos que receberam a competência para legislar, em sentido lato. Os três poderes possuem essa competência. As normas jurídicas não nascem do processo interpretativo. A partir dele, o intérprete as reconhece, assimila e aplica, neste último caso, quando for autorizado para tanto;

4. A norma jurídica está na implicitude dos textos de direito positivo. É o resultado da interpretação dos escritos que se projeta na mente de cada um que se presta à leitura e à compreensão. O texto é matéria-prima para a construção das normas jurídicas. São normativos aqueles textos produzidos segundo um determinado procedimento, por agentes considerados competentes, e veiculados por meio de instrumentos próprios, tudo definido pelo direito;

5. A fonte de criação das normas jurídicas está no conjunto dos atos legislativos (legisladores, em sentido lato) para a criação de enunciados prescritivos, segundo um procedimento próprio. O intérprete, embora também tenha um papel fundamental na identificação e na aplicação da norma jurídica, não cria o direito. O processo legislativo em sentido lato é a fonte do direito; o processo interpretativo só poderá ser considerado como fonte do direito (no sentido de lugar de criação) quando promovido pelos intérpretes que têm

a prerrogativa de aplicar a norma jurídica reconhecida a um determinado caso concreto, oportunidade em que tais intérpretes criarão novas proposições normativas que carregarão normas jurídicas concretas;

6. Os juízes têm sim papel fundamental na interpretação do ordenamento jurídico e na própria dinâmica de criação e aplicação do direito. As decisões dos tribunais, assim como as leis (do Poder Legislativo) e os Decretos (do Poder Executivo), devem ser consideradas como elementos para a interpretação e o reconhecimento da norma jurídica. O Poder Judiciário o faz mediante um ato de aplicação pautado pelo resultado de processos interpretativos que levam em consideração o direito que foi criado por todos aqueles homens autorizados a legislar, inclusive por ele mesmo;

7. O intérprete do texto normativo escolhe, dentro da infinidade de proposições e das inúmeras possibilidades de normas que esses enunciados sugerem (a *moldura interpretativa*), aquela norma que entende seja adequada, de acordo com o seu sistema pessoal de referência (valores, experiência de vida, competência, conhecimento etc.);

8. Quatro parâmetros funcionam como redutores de complexidades para a identificação dos limites mínimos dessa *moldura interpretativa*: (i) o significado semântico das palavras e gramatical do texto interpretado; (ii) a contextualização histórica, política e cultural dos significados encontrados; (iii) a contextualização normativa, considerando os demais enunciados prescritivos já postos no ordenamento, inclusive e especialmente, a jurisprudência; e (iv) a busca pela efetividade da Constituição, das regras e princípios constitucionais;

9. Embora todos os que tenham o conhecimento da língua e o mínimo de senso cognitivo possam extrair possíveis normas jurídicas, é certo que nem todas as normas jurídicas construídas são coincidentes, o que varia, principalmente, em razão do conhecimento técnico jurídico de cada intérprete e da posição de autoridade que exerce no ordenamento;

10. Segundo a qualificação daquele que interpreta, existem três classes de normas jurídicas: (i) a norma jurídica social, interpretada pelo intérprete social; (ii) a norma jurídica científica, interpretada pelo intérprete científico; e (iii) a norma jurídica pura, interpretada pelos intérpretes aplicadores (Poder Executivo) e autênticos (Poder Judiciário);

11. A norma jurídica pura, fruto da interpretação dada pelos intérpretes autênticos, deve ser entendida como aquela que é, aos olhos do Estado, a correta. É do intérprete

autêntico a última palavra sobre o que é o direito;

O RESULTADO MADURO DA INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA

(Capítulo 2)

12. Dentro do vasto campo para a identificação das normas jurídicas, há um *núcleo estável de normas jurídicas*, formado pelos resultados interpretativos coincidentes de todos os intérpretes, mas, fundamentalmente, pela interpretação dos intérpretes autênticos;

13. Recebe o nome de “núcleo” porque é parte de um ambiente maior (composto por todos os resultados interpretativos); é adjetivado de “estável” porque representa a certeza em relação ao sentido que deve ser dado a determinado texto normativo, de modo a gerar uma *previsibilidade* em relação à consequência jurídica que decorrerá de determinado fato previsto no antecedente da norma jurídica definida nos resultados coincidentes dos processos interpretativos; e “normas jurídicas”, em razão dos elementos que formam esse *núcleo estável*;

14. Esse *núcleo* é a garantia e a segurança da sociedade em relação às condutas que devem ser adotadas. Por isso, na moldagem desse *núcleo*, os resultados interpretativos promovidos pelos intérpretes autênticos acabam por se sobrepor, já que esse intérprete tem autoridade e legitimidade para dizer o que é o direito, em última análise;

15. A interpretação autêntica funciona como um mecanismo para *eliminar as instabilidades*. Sempre que houver o reconhecimento de uma norma – do seu conteúdo e requisitos de aplicação – pelo intérprete autêntico, o nível de certeza e confiabilidade em relação ao direcionamento das condutas humanas aumenta;

16. Esse grau de confiabilidade aumenta à medida que o entendimento dos intérpretes autênticos é manifestado ao longo do tempo, estabelecendo uma espécie de *maturidade*. As manifestações reiteradas dos intérpretes autênticos – reunião de decisões judiciais proferidas por um mesmo órgão, as quais aplicaram uma mesma norma jurídica a um mesmo conjunto de fatos pautados por critérios fáticos coincidentes para a subsunção normativa – e/ou entendimentos manifestados por meio de decisões que possuem caráter vinculante, podem ser qualificadas como resultados interpretativos maduros, aptos, pois, a

ingressar nesse núcleo estável de normas jurídicas;

17. Os precedentes, salvo aqueles vinculantes, não têm o condão de levar uma norma jurídica ao núcleo estável. À multiplicação de decisões que tenham aplicado uma mesma norma jurídica em um mesmo sentido interpretativo pode ser atribuída a aptidão de levar uma norma jurídica ao referido *núcleo*. Tudo depende do grau de previsibilidade e definição desses resultados interpretativos que, por sua vez, varia em razão: (i) da força vinculante do precedente (*e.g.*, decisão em julgamento de Recurso Especial, pelo rito dos recursos repetitivos; ou em Recurso Extraordinário, pelo rito da repercussão geral) e/ou (ii) do nível de solidificação das decisões reiteradas (*e.g.*, resultados interpretativos reiterados e coincidentes, manifestados pela primeira e pela segunda turma da Primeira Sessão do STJ);

18. Há uma relação análoga entre a classificação dos precedentes judiciais segundo a respectiva força vinculante (quanto à *autoridade do precedente*, são eles: obrigatórios ou vinculantes, relativamente obrigatórios e persuasivos) e o grau de certeza em relação às condutas que devem ser adotadas e às relações jurídicas que serão constituídas;

19. Dessa relação, estabelece-se o que se chamou de “fluxo de uniformização”, um meio para reduzir o grau de subjetivismo na determinação da “maturidade” dos resultados interpretativos autênticos. A cada etapa percorrida nesse *fluxo*, o jurisdicionado passa a ter maior grau de certeza em relação ao sentido que deve ser dado às proposições prescritivas, considerando a autoridade e a legitimidade do intérprete autêntico. Esse fluxo é representado graficamente por uma escada;

20. O efeito vinculante e persuasivo das decisões judiciais está intimamente ligado à certeza, confiança, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento. O fluxo de uniformização visa garantir a redução das incertezas, promovendo a estabilidade da ordem jurídica e fomentando a eficácia social esperada;

SEGURANÇA JURÍDICA, ELEMENTO FUNDAMENTAL A SER PERSEGUIDO PELO DIREITO (Capítulo 3)

21. A *previsibilidade* e a *estabilidade*, relacionadas ao vocábulo “estável”, usado para adjetivar o núcleo estável de normas jurídicas, diz respeito à certeza sobre a

consequência jurídica que decorrerá de determinado fato, permitindo que o indivíduo planeje as suas condutas, sabendo, de antemão, as consequências jurídicas que delas advirão;

22. A estabilidade decorre da segurança e não é sinônimo de imutabilidade. Ter *segurança, estabilidade e previsibilidade* impõe o atendimento das expectativas normativas geradas nos indivíduos que adotam condutas na certeza de que estão agindo segundo os resultados interpretativos autênticos inseridos no referido núcleo estável;

23. A segurança jurídica é um princípio fundamental do Estado de Direito e tem a função de conformar o exercício das atividades executivas, legislativas e judiciárias. Os princípios e as regras não são espécies do gênero “normas jurídicas”. Norma, como dito, é o resultado da interpretação dos textos (das regras e princípios). A segurança jurídica, enquanto princípio, é mandamento nuclear do sistema do direito; é alicerce do sistema do direito; detém uma forte carga axiológica e fixa importantes limites objetivos e valores que determinam o rumo que cada ordenamento deve seguir;

24. A segurança, de um lado, é considerada como um anseio de uma sociedade e uma esperança que se deposita no direito, na busca pela harmonia da convivência social; de outro lado, está no próprio direito, como um complexo de garantias para alcançar a ordem, a direção e a estabilidade das condutas intersubjetivas;

25. As noções de certeza, confiança, igualdade, previsibilidade, calculabilidade, estabilidade ou *expectativas de confiança legítima* podem ser utilizadas para uma definição denotativa da garantia à segurança jurídica;

26. A segurança jurídica norteia a interpretação e a aplicação das normas jurídicas. Deve, portanto, o intérprete levar em consideração a proteção à confiança, a preservação da certeza, a previsibilidade e a calculabilidade para construir sua decisão e o correspondente sentido da norma jurídica a ser aplicada;

27. O próprio ordenamento jurídico dispõe de mecanismos para alcançar a segurança jurídica. O intérprete, pois, deve caminhar pelo *percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica* para dar efetividade à segurança jurídica;

28. Esse caminho – sustentado nos pilares dos princípios da liberdade, da propriedade e da igualdade, todos fundados na observância das regras, *e.g.*, da irretroatividade, estrita legalidade e anterioridade – permite que as normas jurídicas sejam

alcançadas sempre levando em consideração a proteção e a confiança, a preservação da certeza, a previsibilidade e a calculabilidade;

29. Assim, pelo caminho que o intérprete deve percorrer, nota-se que (i) a efetividade das regras é essencial para o atendimento dos princípios; de forma subsequente e contínua, (ii) a efetividade dos princípios é essencial para garantir o alcance da segurança jurídica; e, finalmente, (iii) a segurança jurídica molda o resultado interpretativo a fim de permitir o alcance das finalidades do direito: confiabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade;

30. A irretroatividade da norma jurídica é regra que deve ser colocada no topo das garantias constitucionais do contribuinte para a limitação da atuação estatal tributante e, assim, ser efetivada pelo intérprete e pelo aplicador, em atendimento aos princípios da propriedade, liberdade e igualdade. A irretroatividade, pois, funciona como uma ferramenta para afastar o receio de uma expropriação súbita e retroativa do patrimônio do contribuinte;

31. A irretroatividade está ligada à liberdade (à livre-iniciativa), na medida em que deve se revestir na *possibilidade de planejamento consciente* das condutas. A efetividade das regras constitucionais, tais como a irretroatividade e a legalidade, assegura a igualdade, mas visa ao alcance e à efetividade de algo maior: a segurança jurídica. O critério tempo no fato é primordial para averiguar o cumprimento da legalidade e da irretroatividade;

32. Em direito tributário, a exigência pela ampla e completa irretroatividade se torna mais enfática na medida em que a efetividade dessa regra é necessária para o atendimento, além dos princípios da igualdade e liberdade, bem como do princípio da propriedade;

33. Todos os Poderes são destinatários das regras da legalidade e irretroatividade, dos princípios da liberdade, igualdade e propriedade, e da garantia à segurança jurídica. O percurso garantidor da segurança jurídica deve ser percorrido por qualquer intérprete que pretenda alcançar o sentido da norma jurídica, de modo a garantir a preservação da confiança, certeza, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento – enfim, a segurança jurídica;

34. É do Poder Judiciário a prerrogativa de uniformizar sua jurisprudência e, em caso de modificações, zelar pelas situações passadas, garantindo a aplicação das normas jurídicas vigentes à época dos fatos. A atribuição de efeitos prospectivos às decisões é meio para alcançar essa finalidade e manter a estabilidade do ordenamento;

EFEITO PROSPECTIVO DAS DECISÕES QUE ALTERAM O SENTIDO DAS NORMAS
JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS, UM INSTRUMENTO GARANTIDOR DA SEGURANÇA
JURÍDICA
(Capítulo 4)

35. A alteração de sentido das normas jurídicas pelos intérpretes autênticos não pode, por si só, ser entendida como uma relativização da segurança jurídica – como se o adjetivo “estável” fosse sinônimo de engessamento do ordenamento. A garantia da segurança jurídica está na não aplicação de novo tratamento às condutas passadas – que foram planejadas e executadas segundo a norma jurídica que era assim reconhecida pelo intérprete autêntico no momento desse planejamento e execução;

36. As manifestações dos intérpretes autênticos geram expectativas e passam a orientar condutas, com menor ou maior grau de certeza, a depender do grau de vinculação do precedente. Mais do que a individualidade e a concretude, reflexas à aplicação da norma jurídica abstrata identificada, o intérprete autêntico assume o papel de frisar, dentre as alternativas possíveis de interpretação das proposições normativas, qual deve ser levada em conta pela sociedade – dessa forma, orientando o comportamento dos indivíduos;

37. Os resultados interpretativos alcançados pelo intérprete autêntico devem ser considerados como representação do “direito vigente”;

38. Os enunciados prescritivos que existem sobre a modulação de efeitos das decisões tratam de duas situações específicas e não inovam – a não ser pelo requisito formal da modulação nas específicas situações que mencionam, o que não significa que nas demais situações onde houver o risco de instauração de um estado de insegurança, o intérprete autêntico não possa modular os efeitos de suas decisões;

39. A aplicação de efeitos prospectivos (*ex nunc*) às decisões proferidas pelo intérprete autêntico que representem mudança de entendimento anteriormente manifestado é uma realidade no direito pátrio e se fundamenta na concretização dos primados da boa-fé, da confiança legítima e da preservação das expectativas normativas;

40. A pertinência da norma jurídica no núcleo estável de normas jurídicas permite que os indivíduos tenham certeza sobre as consequências jurídicas decorrentes dos seus atos e

omissões, relativamente àqueles que estão nas hipóteses das referidas normas jurídicas. Há, destarte, confiança no Poder Judiciário – confiança legítima (diferente de mera “esperança”) em relação à manifestação dos resultados interpretativos autênticos – alguém com autoridade e poder de coação para dizer como as coisas devem acontecer;

41. Considerando a “confiança legítima” dos indivíduos no resultado interpretativo do intérprete autêntico, é necessário que as novas interpretações levem em conta as consequências advindas da respectiva manifestação. Nesse sentido, a irretroatividade também deve ser considerada para justificar a eventual modulação dos efeitos da decisão prolatada, quando esta for atentatória à segurança jurídica;

42. Desse modo, as condutas adotadas pelos indivíduos sob a vigência da norma jurídica anterior não podem ser atingidas pela nova norma jurídica, fruto de um resultado interpretativo diferente por parte do mesmo intérprete autêntico;

43. O poder-dever de tributar e o direito à propriedade privada são vetores representativos de garantias constitucionais que estão intimamente ligados, ao tempo que apontam para direções opostas. A conciliação dessas garantias é medida para evitar que uma se sobreponha à outra. Os limites à tributação da propriedade privada trazem para o contribuinte a segurança necessária para usar e gozar do seu patrimônio da forma como melhor entender, tendo a certeza de em que medida a parcela desse seu patrimônio poderá ser entregue ao Estado e podendo prever quais as condutas, com critérios de espaço e tempo, que desencadearão a incidência tributária;

44. A modulação dos efeitos das decisões judiciais, mediante a aplicação de efeitos prospectivos à nova norma jurídica criada pelo precedente modificativo, é instrumento de garantia da propriedade privada, porquanto impede o nascimento de relação jurídica tributária não esperada e que não se podia prever, como forma de garantia da segurança jurídica;

45. A mudança de “critérios jurídicos” (artigo 146 do CTN) justifica a modulação dos efeitos das decisões que materializam essa mudança, pois o patrimônio do contribuinte não pode ser diminuído em razão da realização de condutas passadas que foram descritas, de forma inovadora, na hipótese de incidência de uma nova norma jurídica. Essa irretroatividade age como instrumento limitador do poder de tributar e assegura o extermínio das incertezas sobre qualquer eventual tributação de fatos passados;

46. A possibilidade de modulação de efeitos das decisões que representem

alteração de entendimento anterior não é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A modulação é exigência para a efetividade da segurança jurídica. E, portanto, os demais tribunais superiores também devem realizá-la;

47. É mandatória a aplicação de modulação dos efeitos de decisões judiciais sempre que os seus respectivos efeitos ordinários gerem um estado de insegurança jurídica, especialmente quando se trata de decisão judicial que altera entendimento consolidado e reconhece uma relação jurídica tributária. É que o risco de criação de um estado de insegurança é latente, sobretudo no tocante à relação existente entre o direito de propriedade do contribuinte e o poder/dever de tributar do Estado;

48. A *efetividade da Constituição* – preservação dos valores carregados pelo princípio da segurança jurídica, *e.g.*, estabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade – pode e deve ser alcançada pela modulação prospectiva dos efeitos da decisão que altera entendimento anteriormente consolidado e cria ou majora o ônus tributário dos contribuintes;

49. Sendo desaconselhável o estabelecimento de uma hipótese de incidência para aplicação de efeitos prospectivos às decisões – isso evita o engessamento das situações –, é possível determinar algumas circunstâncias que devem ser observadas pelo intérprete autêntico para garantir a efetividade do princípio da segurança jurídica, são eles: (i) a *situação fática*, ou seja, a confirmação de alteração do entendimento consolidado; (ii) o estabelecimento de *premissas*, relativamente ao fato de que, em havendo mudança de um entendimento considerado “maduro”, haverá a idealização de um núcleo estável de normas jurídicas representativo da certeza em relação ao sentido que deve ser atribuído a determinado texto normativo; e (iii) o *fundamento jurídico*, que significa a passagem da *situação fática* e das *premissas* às conclusões, representado pelo elemento norteador, qual seja a garantia da segurança jurídica, alcançada por meio do “percurso interpretativo garantidor da segurança jurídica”;

50. A identificação da necessidade (ou não) de atribuição de efeitos prospectivos é casuística. Entretanto, sempre nas situações que representarem mudança de entendimento jurisprudencial, haverá a necessidade de modulação dos efeitos da decisão.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício. “*Retórica da jurisdição constitucional e tributação – suas origens na teoria pura de Hans Kelsen*”. In: MOREIRA, André Mendes [et al.]. **Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais**. São Paulo: Noeses, 2013;

AMADO, Juan Antonio García. **Sobre los Modos de Conocer el Derecho. O de cómo Construir el Objeto Jurídico**, Doxa, n. 11, 1992, p. 200 *apud* IVO, GABRIEL. **Norma Jurídica: Produção e Controle**. São Paulo: Noeses, 2006;

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003;

ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Incidência Jurídica. Teoria e Crítica**. São Paulo: Noeses, 2011;

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005;

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2010;

_____. **Sistema Constitucional Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

_____. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*. In: BARBOSA, Ruy; VILLELA, José Guilherme. **Oração aos Advogados/Oração aos Moços**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008;

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. **Mudança de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais**.

Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf, acessado em 23/08/2014;

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004;

BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. **Licões de Direito Tributário. Teoria Geral e Constitucional**. São Paulo: Saraivas, 2011;

_____. “A prescrição intercorrente ainda que a execução não esteja suspensa”. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. Vol. 183. São Paulo: Dialética, 2010;

_____. “As alterações jurisprudenciais diante das fontes do Direito Tributário”. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**. Vol. 188. São Paulo: Dialética, 2011;

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007;

BENDA, Ernest. **Função da garantia da propriedade na constituição moderna**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Nº 01. São Paulo: Ed. RT, 1992;

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função. Novos Estudos da Teoria do Direito**. [Trad.: Daniela Beccaccia Versiani]. Barueri: Manole, 2007;

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª Ed. Brasília: Editora UnB, 1999 (reimpressão 2006);

BOMFIM, Diego. **Tributação & Livre Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011;

BORGES, José Souto Maior. *Obrigação Tributária (introdução metodológica)*. 2ª Ed. Malheiros, 1999;

_____. “Segurança jurídica: sobre a distinção entre competências fiscais para orientar e atuar o contribuinte”. *Revista de Direito Tributário*, n. 100, São Paulo: Malheiros, pp. 19-26;

BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012;

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002;

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003;

- CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: RT, 1995;
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008;
- _____. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais*. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito ex tunc e as decisões do STJ**. 2ª. Ed. São Paulo: Manole, 2009;
- CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2010;
- CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico – Direito, Economia, Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005;
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007;
- _____. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008;
- _____. “Interpretação e Linguagem – concessão e delegação de serviço público”. In: **Revista Trimestral de Direito Público**. Vol. 10. São Paulo: RT Editora, 1995;
- _____. **Direito Tributário - Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012;
- COPY, Irving M. **Introdução à Lógica**. [Trad.: Álvaro Cabral], 2ª Ed. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1978;
- COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014;
- DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009;
- _____. Notas de atualização. In: BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001;
- _____. Notas de Atualização. In: BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 2005;
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. [Trad. Nelson Boeira]. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

FAIRCHILD, Thomas E. *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: “Prospective Overruling” or “Sunbursting”*. In: Marquette Law Review. Vol. 51, disponível em <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol51/iss3/3net>;

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1ª Edição. 3ª. Tiragem. Malheiros Editores. São Paulo. 2004;

FRANÇA, R. Limongi. **A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982;

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri: Manole, 2007;

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003;

_____. *Irretroatividade e Jurisprudência Judicial*. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito ex tunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008;

GIORGI, Raffaele de. “Luhmann e a Teoria Jurídica dos anos 70”. [Trad.: Luiz Fernando Mussolini Júnior]. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000;

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4ª. E. São Paulo: Malheiros, 2006;

_____. *Interpretação da lei tributária e segurança jurídica*. In: Revista de Direito Tributário. v. 113, São Paulo: Malheiros, 2011;

_____. **Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª Ed. Refundida. São Paulo: Malheiros, 2013;

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. [Trad. Edson Bini]. São Paulo: Quartier Latin, 2005;

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; e GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al Conocimiento científico**. Buenos Aires: Editorial Universitária, 1985;

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. [Trad. A. Ribeiro Mendes]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007;

- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991;
- IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: Produção e Controle**. São Paulo: Noeses, 2006;
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado e do Direito**. [Trad. Luís Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2005;
- _____. **Teoria Pura do Direito**. [Trad.: João Batista Machado]. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998;
- LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e crítico da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1999;
- LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Direito Tributário – teoria geral do tributo**. Barueri: Manole; Espanha: Marcial Pons, 2007;
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. [trad. João Batista Machado]. 6ª. Ed., São Paulo: Martins Fontes, 1997;
- LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e Outros Problemas**. Ministério da Justiça: Brasília, 1997;
- LIMA, Diomar Bezerra. **Súmula vinculante: uma necessidade**. In: Revista de Processo. Ano 27, n. 106, abril-junho, 2002;
- LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária**. São Paulo: Quartier Lartin, 2005;
- _____. *“Efeitos da decisão do STF em matéria tributária no regime do art. 543-B do Código de Processo Civil e o limite do art. 170-A do Código Tributário Nacional”*. In: MOREIRA, André Mendes [et al.]. **Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais**. São Paulo: Noeses, 2013;
- LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. [Trad.: Javier Torres Nafarrate]. Lomas de Santa Fe – México: Universidade Iberoamericana Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 2002;
- MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2005;

_____. **Curso de Direito Tributário**. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **A Estabilidade dos Atos Administrativos e a Segurança Jurídica, a Boa-fé e a Confiança Legítima ante os Atos Estatais**. In: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009;

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

MARINHO, Rodrigo César de Oliveira. **Intervenção sobre o Domínio Econômico: a contribuição e seu perfil constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2011;

MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, Propriedade e Igualdade Fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011;

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1991;

MELO, Gustavo de Medeiros. “**Limites à Retroatividade do Precedente Uniformizador de Jurisprudência**”. Revista Forense, n.º 407, Rio de Janeiro: Forense, jan./fev., 2010, p. 127-148;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007;

MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. **O Princípio Constitucional da Irretroatividade da Lei: a irretroatividade da lei tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996;

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2006;

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Almedina: Coimbra, 2012;

NERY JUNIOR, Nelson. *Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior*. In: FERRAZ JUNIOR,

Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito ex tunc e as decisões do STJ**. 2ª. Ed. São Paulo: Manole, 2009;

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; MATOS, Gustavo Martini de; e BOZZA, Fábio Piovesan. “*Interpretação e Integração da Lei Tributária*”. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Interpretação e Aplicação da Lei Tributária**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 2010;

PAUSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição de Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009;

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas Consequências no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011/2012;

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

_____. **Medidas provisórias – choque na economia – controle de preços – liberdade empresarial – penalidades e discricionariedade**. *Revista de Direito Público*. v. 91. São Paulo: RT, 1989;

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

ROBLES, Gregorio. **Direito Como Texto**. Quatro estudos da teoria comunicacional do direito. Barueri: Manole, 2005;

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. [Trad. Edson Bini]. 2ª Ed. Bauru: EDIPRO, 2007;

SALLES, Ivanhoe Nóbrega de. “A Tecnologia na Interpretação e Aplicação das Leis Fiscais”. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito Tributário**. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1969;

SANTI, Eurico Marcos Diniz; e CANADO, Vanessa Rahal. “*Direito Tributário Direito Financeiro: reconstruindo o conceito de tributo e resgatado o controle da destinação*”. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008;

TIPKE, Klaus; e LANG, Joachim. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. [Trad.: Luiz Doria Furquim]. 18ª Ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008;

SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT: 2012;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003;

TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. REpro 199, São Paulo: RT, set., 2011;

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, São Paulo, 2005;

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

_____. *“Interpretação e Integração da Lei Tributária”*. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Interpretação e Aplicação da Lei Tributária**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributário – ICET, 2010;

SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente em el Common Law**. Madrid: Civitas, 1995;

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. 4ª Ed. São Paulo: Noeses, 2010;

_____. **Causalidade e Relação no Direito**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

_____. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Vol. 1. São Paulo: Axis Mvndi: IBET, 2003;

_____. **Sobre o Conceito de Direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947;

VILLEGAS, Héctor B. *“Principio de Seguridad Jurídica en la Creación y Aplicación del Tributo. El contenido de la seguridad jurídica”*. In: Revista de Direito Tributário. n. 66, São Paulo: Malheiros, 1994;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Hipótese de cabimento dos embargos infringentes (a falta de clareza do sistema não pode prejudicar as partes)*. In: Revista de Processo, n. 171, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2009;

_____. **Nulidades do Processo e da Sentença.** 5ª. Ed. São Paulo: RT, 2004;

_____. *Precedente e evolução do Direito.* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial.** São Paulo: RT: 2012;

XAVIER, Alberto. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação.** 1ª Ed., São Paulo: RT, 1978.